

الدكتور فتحي الدريبي

رَفَع

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

نظريّة التعسف
في استعمال الحق
في الفقه الإسلامي



مؤسسة الرسالة

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

يبحث بحثاً علمياً مقارناً نظرية التعسف وأصلها في الشريعة الإسلامية
والفقه الوضعي وتشريعاته في معظم دول العالم مبيّناً الدستور الذي يحكم
مباشرة الحقوق بما يحقق حرية الفرد ومصلحة الجماعة .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى
١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م

الطبعة الرابعة

١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م



مؤسسة الرسالة
بيروت - شارع سوريا - بناء صدي وصالحه
هاتف: ٣١٩٠٣٩ - ٢٤١٦٩٢ ص.ب: ٧٤٦٠ بريقيا : بيوشران



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الثانية

بحثنا في كتابنا السابق « الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده »^(١) وحددنا فيه « مفهوم الحق في ذاته » بوجه عام في الفقه الاسلامي ، مقارناً بمفهومه في كل من المذهب الفردي ، ومذهب التضامن الاجتماعي ، في الفقه الوضعي ، كما بينا الأصول التي ينهض عليها تقييد الحق في فقها ؛ إذ لا يمكن فهم التعسف في استعمال الحق ، فهماً متعمقاً ، ولا تكييفه الشرعي ، دون هذه البحوث ، للصلة الوثقى التي تجمع بينها ، ونبحث في هذا الكتاب « نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الاسلامي » مقارنة بما استقر منها في التشريع والفقه الوضعيين في معظم الدول المتحضرة .

- هذا ، ومن المعلوم أن التشريع الوضعي وفقهه ، لم يعرفا أصل هذه النظرية إلا في أوائل هذا القرن العشرين ، وعلى نحو ضيق ومبهم^(٢) .

- وتفسير ذلك ، أن المذهب الفردي ، بما هو مضمن في « فردية الحق » الى حد اعتبار « الفرد » « وحقوقه » هي محور القانون ، لأنه سابق في وجوده على القانون ، بل وعلى المجتمع والدولة ، لأن كل أولئك - في منطق هذا المذهب - قد أوجده الفرد بنفسه لخدمة حقوقه ومصالحه ، وصيانتها ، ومن ثم لا يجوز للدولة أن تتدخل في حقوقه ، لأنها تخرج بذلك عن

(١) نولت طباعة هذا الكتاب جامعة دمشق ١٩٦٧ ، وقد نفذت هذه الطبعة الأولى ونولت طبعه ثانية مؤسسة الرسالة في بيروت - لبنان .

(٢) انظر كتاب « روح الحقوق ونسبيتها » للفقيه الفرنسي المعاصر جوسران سنة ١٩٣٦ . وهو واضح القانون المدني اللبناني . - الوسيط ج ١ ص ٨٤٣ ، للدكتور السنهوري - راجع المذكرة الايضاحية ، مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٢ .

حدود وظيقتها الأساسية من كونها مجرد حارسة ، بقطع النظر عما يترتب على إطلاق سلطات الفرد في التصرف من أضرار تمس الغير ، من الفرد والمجتمع ، بحجة أنه لم يتجاوز حدود حقه الموضوعية ، ومن المقرر عندهم أن من استعمل حقه ، فهو حر ، وغير مسؤول ، أقول بما هو معن في نزعة الفردية هذه إلى حد التطرف ، لم يسمفه منطق تشريعه على استمداد أصل منه تنهض عليه نظرية التعسف ، ليكن تفسيرها به .

— وواقع الأمر ، أن نظرية التعسف ، تقوم أساساً على غير هذا المنطق ، يرشدك إلى هذا ، مفهومها ومعاييرها ، وما تنهض به من دور وقائي وعلاجي ، سواء في تحديد سلطات الحق الفردي بوجه خاص ، وتوجيه استعماله على نحو يفضي بالحق إلى تحقيق غايته التي شرع من أجلها ، في ضوء ما يتعاور هذا الاستعمال من بواعث وظروف مؤثرة في نتائج استعماله ، أم في « إقامة التوازن » بين المصالح الفردية المشروعة في أصلها ، والمتعارضة فيما بينها ، و « إقامة التوازن » أيضاً ، بل ومن باب أولى ، بين المصلحة الفردية ، والمصلحة العامة ، بقطع النظر عن البواعث النفسية ، على نحو يربط الحكم بالمصلحة الراجعة ، جرياً على ما يقتضيه ضابط المشروعات في هذا التشريع ، تفادياً لسوء نتائج الاستعمال للعقوق أو التطبيق للقواعد والأحكام ، وهي ما يطلق عليها الإمام الشاطبي معنى التعسف من حيث المآل^(١) .

— هذا ، ومن المعلوم ، أن « إقامة التوازن » بين المصلحة الفردية ، والمصلحة العامة ، تفترض أساساً اعتراف التشريع بوجود هاتين المصلحتين الجوهريتين ، وهو ما لا يقره المذهب الفردي الذي حمل التطرف في نزعة الفردية إلى الاعتراف بالحق الفردي وحده ، وعلى وجه مطلق .

(١) الموافقات ج ٤ ص ١٩٤ ، وما يليها ، أما سوء النتائج المترتبة على الامعان في الجري على مقتضى القواعد ، بقطع النظر عن الظروف الملائمة ، فقد اسميناه « التعسف في الاجتهاد الفرعي » .

- ومن هنا ، كان هذا أول فيصل جوهري للتمييز بين التشريع الوضعي الفردي ، والتشريع الاسلامي .

- فالخلاف جذري كما ترى ، لاتصاله بمفهوم الحق الذي هو أساس التشريع ، ومن ثم بمفهوم العدل في كل منها على ما سيأتي بيانه .

- وعلى هذا النحو في تصور « فكرة الحق » في المذهب الفردي ، يبدو واضحاً ، أن الأخذ بنظرية التعسف فيه ، مفهوماً وحكماً ، يعود على أصله بالنقض .

- إذ كيف يمكن أن يتم اتساق أحكام هذه النظرية ، ومقتضى منطق ذلك المذهب المتطرف ، وهي ما جاءت أساساً إلا لتدراً مظاهر هذا التطرف ، بل تمنع التسبب فيه ، وذلك بما تضطلع به - في دورها الوقائي والعلاجي - من تحديد سلطات الحق الفردي ، وتقييدها ، أو توجيه استعماله على نحو يفضي به الى الغاية أو المصلحة الاجتماعية أو الاقتصادية التي شرع من أجلها ، وبإقامة التوازن بين المصالح المشروعة في أصلها ، والمتعارضة فيما بينها ، في ظل ما يتعاورها من ظروف ، لتدراً كل أسباب التطرف ، قصداً أو مآلاً ، بمنع التسبب في ذلك قبل الوقوع ، وقطع استمراره ، وإزالة آثاره بعد الوقوع ؟
- لا يتصور ذلك ، للتضاد .

- أضف الى ذلك ، أن « اقامة التوازن » بين المصالح المتضاربة ، أياً كان نوعها ، التي هي مظهر من مظاهر العدل ، أو درء التعسف ، تعكس لنا « القيمة المحورية » التي يدور عليها التشريع الاسلامي كله ، كما يمكن أن يستخلص - على ضوءها - عناصر مفهوم الحق الفردي بوجه خاص ، من كونه ذا عنصرين : فردي واجتماعي معاً ، لا فردياً مطلقاً .

- هذا و « القيمة المحورية » التي تعتبر مدار التشريع كله ، كما ذكرنا ، تحدد « البينية الذاتية » لهذا التشريع الذي انبثقت منه هذه النظرية على نحو

تلقائي وطبيعي ، أو قل إن ثمة تلازماً منطقياً بين طبيعة هذا التشريع الخالد ، ومقتضى أحكام معايير هذه النظرية ، ومن هنا أمكنك تفسير ارتباط وجودها بوجوده ، فيما تمدنا به هذه النظرية من معايير وحلول ، من حيث انها تدرأ مظاهر التعسف مادياً ، بل تحول ابتداء دون التسبب فيه بقطع النظر عن مشروعية أصل هذا التسبب .

- فالخلاف - كما ترى - جذري من حيث مفهوم الحق ، وبنية التشريع ، وفكرة العدل ، في كل من التشريعين ، وفقهما ، كما أسلفنا .

- وما يقال في المذهب الفردي ، هو بعينه منطبق تماماً على المذاهب المتطرفة نحو اليسار ، لعللة التطرف هذه .

- وبيان ذلك ، أن نظرية التعسف تفقد دورها في « اقامة التوازن » بين المصالح المتضاربة ، ولا سيما بين المصلحة الفردية والعامية ، اذ لا يتصور وجود مثل هذا التعارض لعدم اعترافها بالحق الفردي أصلاً ، وبالتالي لا تتصور الموازنة ، لأنها تعتمد - أساساً - وجود متعارضين ، وهي لا تعترف إلا بمصلحة المجتمع وحدها .

- ومن هنا ، بات من غير الممكن ، استخلاص أصل من أي تشريع يتسم بنزعة متطرفة نحو اليمين أو اليسار ، يصلح لأن يفسر لنا قيام هذه النظرية على أساسه ، فكرة ، ومعايير ، ومؤيدات .

- غير أن هذه التشريعات - فيما يبدو - قد أخذت سبيل التعديل المُفْعَم تحت ضغط الظروف ، والإحساس بمقتضيات العدالة .

- وانما وصفتُ التعديل بأنه « مُفْعَم » لأنه يتعذر تفسيره على مقتضى أصول منطق هذه التشريعات ، كما بينا .

استواء نظرية التعسف في استعمال الحق على أصولها في التشريع الاسلامي منذ القدم

- استوت هذه النظرية على أصولها في التشريع الاسلامي ، منذ القدم ، وفي
فقهه أيضاً - تفسيراً وتطبيقاً - في شتى مذاهبه الجماعية ^(١) والفردية ^(٢) ، على
السواء ، فتمت بذلك معاييرها ، ومؤيداتها ، تأصيلها ، وتقريعها ، تحديدها
وضبطها ، نظراً وعملاً .

- ذلك ، لأن « أصول » هذه النظرية ، ومعاييرها ، إذا كانت قد استنبطت
من النصوص التشريعية - كتاباً وسنة - في موضوعاتٍ شتى ، فقد استخلصت
كذلك - باعتبارها مفاهيم كلية - من جزئيات تطبيقية في الواقع العملي ، من
فقه الصحابة ، واجتهادات الأئمة من بعدهم عبر العصور ، إذ من البدهي أن
« الجزئي يتضمن مفهوم كلياً كاملاً » ^(٣) .

(١) من مثل المذاهب الجماعية المعروفة : الحنفي ، والمالكي ، والشافعي ، والحنبلي ، وغيرها .

(٢) وهي المذاهب التي اندثرت بوفاة أصحابها ، ولم يبق منها إلا ما نراه مبثوثاً من آرائهم
واجتهاداتهم ، في كتب المذاهب الأخرى ، في مناسبات شتى ، كذهب الإمام الليث بن سعد ، في
مصر ، ومذهب الإمام الأوزاعي ، في الشام . ومذهب ابن أبي ليلى . والثوري ، في العراق ، وغيرهم .

(٣) لتوضيح ذلك ، فنضرب مثلاً اللفظ العام ، فإنه كلي بالنسبة لما يندرج تحت مفهومه من
أفراد ، لكن كل فرد منها يتضمن مفهوم العام كلاً .

- فالؤمنون مثلاً لفظ عام . وضع وضعاً واحداً ، للدلالة على استغراق جميع أفرادهم التي
ينطبق عليها معناه دفعة واحدة ، ودون حصر ، بمعنى أن « مفهوم هذا العام » وهو « الإيمان »
متمثل بصورة كاملة في كل فرد من أفرادهم . فالعام كلي ، وكل فرد من أفرادهم جزئي .

- وعلى العكس من ذلك لفظ « العشرة » مثلاً ، فهو موضوع لمتعدد محصور معلوم أوله
ومنتهاه ، فلا يتمثل مفهوم العشرة في كل فرد من أفرادها كلاً ، كالواحد والاثنين والثلاثة
والاربعة ، لذا كان كل منها بالنسبة للعشرة جزءاً لا جزئي .

- راجع بحث « العام » في مؤلفنا - اصول التشريع الاسلامي - ومناهج الاجتهاد بالرأي ،
ص ٤٨٢ وما يليها ، طبع جامعة دمشق سنة ١٩٧٧ .

- وقد بلغت هذه المعايير من الدقة والضبط والوضوح ، بحيث عكست لنا « القيمة المحورية » التي يدور عليها التشريع الاسلامي كله ، وهي : حق الفرد ، وحق المجتمع ^(١) ، مما استلزم بالتالي تحديد طبيعة الحق الفردي ، ومفهومه بوجه خاص ، وأنه ذو عنصرين ، فردي واجتماعي في آن معاً ^(٢) ، ومن هنا كان الخلاف جذرياً - كما ذكرنا - بين التشريع الاسلامي ، وغيره من التشريعات المتطرفة يميناً أو يساراً من حيث « البنية الذاتية » لكل تشريع ، أو القيمة المحورية التي تدور عليها أحكامه ، ومن حيث فكرة الحق ، ونوعيته ، ومفهومه ، بل ومن حيث « مفهوم العدل » في كل منها .

- وبينان ذلك ، أن « القيمة المحورية » التي تنبثق عنها الحقوق جميعاً ، باعتبارها مدار التشريع كله ، إذا كانت تحدد لنا البنية الذاتية لهذا التشريع الالهي الخالد ، فإنك لن تجد بينها ، وبين جزئيات الحقوق المتفرعة عنها ، تحالفاً أو تناقضاً ، إذ لا يتصور تناقض بين جزئي وكلي ، وهذا مصداق قوله تعالى : « ولو كان من عند غير الله ، لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً » .

(١) وهذا ما أطلق عليه الأصوليون « حق العبد » أي حق الإنسان الفرد ، و « حق الله » ويعنون بذلك حق المجتمع ، فهم ذلك من تعليلهم لنسبة هذا الحق الى الله تعالى ، مع أنه غني عن الحقوق ، لعظم خطره وشمول نفعه ، ولا يقصد بحق المجتمع إلا هذا .

- راجع أمهات كتب الأصول - في موضوع « الحكم » و « المحكوم فيه » .

(٢) ولهذا نرى الإمام الشاطبي يشير إلى ذلك بقوله : « وفي العادات - الحقوق والتصرفات والإباحات - حق الله ، كسباً وانتفاعاً ، من قبل أن حق الغير يحافظ عليه شرعاً ، ولا خيرة فيه للعبد » الموافقات ، ج ٢ ص ٣٢٨ و ٣٤٨ .

- ومعنى هذا ، أن كل ما منح الإنسان من حق أو حرية عامة - وهو المقصود بقوله « العادات » تمييزاً لها عن العبادات - ليس ذلك حقاً خالصاً له ، حتى يتصرف فيه بإطلاق ، بل يجب أن يلاحظ حق الغير ، أثناء ممارسته لحقوقه كسباً وانتفاعاً ، وحق الغير أعم من أن يكون حقوق الأفراد الآخرين ، أو حق المجتمع .

- هذا ، ومراعاة حق الغير من النظام الشرعي العام ، لا خيرة فيه للعبد ، فهو يقيد الحق الفردي حتى يكون استعماله على نحو لا يضر بهذا الغير .

- وهذا الأساس العام الذي قام عليه ببيان التشريع الاسلامي، وفسره الفقه والاجتهاد، هو فيصل التمييز^(١) بينه وبين غيره من التشريعات في العالم من حولنا.

- هذا، وقد ملكك التشريع الاسلامي القدرة العجيبة على إمداد الحياة مهما تطورت بها الظروف والحضارات، بالحلول والأحكام لكل ما يطرأ من وقائع، وذلك بما يؤصل من أصول تشريعية عامة منصوصة، وأصول معنوية عامة أيضاً،^(٢) ثابتة باستقراء جزئيات كثيرة استقراء يفيد القطع واليقين، في التعبير عن ارادة الشارع الحقيقية.

(١) راجع بحثاً مستفيضاً في النظام الشرعي العام في مؤلفنا «المناهج الاصولية»، ص ٢٤٥.
(٢) قرر الأصوليون أن الأصل اللفظي العام، كالأصل المعنوي العام، الثابت بالاستقراء، فكلاماً سواء من حيث قوة الاحتجاج به، وصحة بناء الحكم عليه.
- اصول التشريع الاسلامي، ص ٢١ وما يليها - للمؤلف - طبع جامعة دمشق ١٩٧٧.
- المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي، ص ٦٢٤، للمؤلف - طبع دار الرشيد - بدمشق سنة ١٩٧٦.

- من القواعد الاصولية المقررة أن لا مجال للاجتهاد في النص القطعي المفسر، لأن القطع يناقي الاحتمال، وحيث لا احتمال فلا اجتهاد، لأن النص الصريح القاطع يعبر عن إرادة المشرع الحقيقية، وحينئذ يغدو الاجتهاد بالرأي، والإتيان باحتمال آخر، خروجاً على النص نفسه، لا تفسيراً له، وتفسيراً لإرادة الشارع لا تبيناً لها، لانها واضحة بيّنة.

غير أن الأصوليين - مع ذلك - يرون أنه عند تطبيق الأصل على ما يندرج تحته من وقائع، قد يختلف بها ظروف مؤثرة في تشكيل علة الحكم، بحيث يفضي تطبيقه - في ظل تلك الظروف - على جزئية من جزئياته، الى نتائج ضرورية، لا تنسجم مع الأصل العام الذي قام عليه التشريع كله، ولذا يرجح المجتهد إما استثناء الواقعة من عموم الزمن، فيوقف تطبيق الحكم فترة يتحدد مداها بزوال الظرف المؤثر، وإما باستثناء الجزئية من عموم أصلها، ليطبق عليها أصل آخر هو أجدر بتحقيق المصلحة والعدل، وأقوى في درء سوء النتائج، وهو مظهر من مظاهر درء التعسف في المآل.

- على أن الأصوليين قد فصوا على أن إشار تطبيق أصل هو في نظرم أقوى وأرجح من الاصل الاول، لا يعتبر اهداراً للاصل المرجوح أو نسخاً له - .

- هذه الأصول بنوعها - اللفظي العام ، والمعنوي العام ^(١) - يمثل بعضها مناهج أصولية ، وخططاً تشريعية ، لدرء مظاهر التعسف - قصداً أو مآلاً - إن في الاستنباط الفروعى ، أو التطبيق للقواعد في مواجهة الواقع بظروفه وملابساته .

- وهو ضرب من الاجتهاد يستوي في موقعه ما كان قد ورد فيه نص أو دليل خاص ، وما لم يكن قد ورد فيه نص ^(٢) على نحو يسدّد خُطى هذا الاجتهاد في معالجة الواقع المعاش ، تسديداً ينأى به عن سوء النتائج ، أو الإفضاء الى المآلات المعتسفة ، سواء في الاستنباط النظري ، أو التطبيق العملي ، على الوقائع المتجددة ، نتيجة للغلو في تطبيق القواعد ، والأقيسة العامة النظرية ، أو التطبيق الآلى على الجزئيات ، دون تبصر أو تقدير لما يحتفّ

= فإذا ترك دليل لدليل راجح لم يصح إطلاق القول ببطلان هذا الدليل الرجوح كما يقول الإمام الشاطبي - الموافقات - ج ٣ ، ص ٣٠٥ . راجع في الاستثناء من القواعد والأصول المستنبطة . رسالة الإمام الشافعي ، ص ٥٤٩ ، فتاوى ابن تيمية ج ٣ ، ص ٣٧٨ . رسالة تعليل الاحكام ، ص ٣٣٨ للشيخ مصطفى شلي .

- (١) أصول التشريع الاسلامي ، ص ١٤ - وما يليها - للمؤلف .
- (٢) انظر بحثاً مستفيضاً في الاجتهاد بالرأي ، وصلته بمفهوم العدل ، في التشريع الاسلامي . المرجع السابق ، ص ٣٣ - يليها .
- على أنه ينبغي أن يلاحظ أن التعسف في القصد ، إنما يبدو في « الباعث » غير الشروع ، الذي يحمل المكلف على التذرع بفعل ثامى ، عن حق أو إباحة ، هو ظاهراً الجواز ، لتحقيق غرض غير مباشر ، يهدم واجباً ، أو يحل حراماً .
- وهذا هو « التحيل » على مقاصد الشريعة .
- اما التعسف من حيث المآل : فينظر فيه إلى النتيجة المادية الواقعية للتصرف أو التطبيق لتناقضها واصول التشريع، ولا ينظر الى القصد .

بتلك الوقائع من ظروف وملابسات . مما يكون لذلك كله من أثر في نتيجة التطبيق .

- ومعلوم أن النظر في مآل التطبيق أصل معتبر شرعاً . كما يقول الإمام الشاطبي ^(١) . لمسأله بأصل العدل والمصلحة المعتبرة في التشريع ^(٢) . وهما أساس التشريع كله .

وتوضيح ذلك . أن الظروف - ولا سيما الاستثنائية منها - ذات مدخل في تشكيل علة الحكم . بما يترك تغيرها . أو تباينها . من أثر في مآل تطبيقه - وهذا أمر لا مرية فيه - إذ كيف يتأتى أن تتجسد غاية الحكم التي شرع من أجلها ابتداء . في المآل أو الثمرة الواقعية التي أفضى إليها تطبيق الحكم - في ظل تلك الظروف المتغيرة انتهاء . مادة ومعنى ؟

(١) يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد : « اصل النظر في مآل الأفعال ، معتبر مقصود شرعاً » ...

- الموافقات - ج ٤ ص ١٩٤ - وما يليها .

(٢) المرجع السابق .

- هذا ، وقد بحث أصل النظر في المآلات التي تتنافى ومقاصد التشريع ، من حيث كونها تبطل مناسبة العلة لما بني عليها من حكم ، سائر الأصوليين ، وذلك تحت عنوان آخر : « هل تنخرم مناسبة الوصف بمفسدة تلزم ، مساوية أو راجعة » .

- فالإجماع منعقد على أن الحكم عند لزوم هذه المفسدة الراجعة لا يشرع - مسلم الثبوت -

ج ٢ ص ٢٦٤ .

- وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي ما نصه : « ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع

مفسدة توازيها ، أو تزيد » .

- موافقات - ج ٣ ص ٢٥٧ .

- وهذا ضرب من الاجتهاد في درء مظاهر التعسف المتمثل في النتائج الواقعية ، بناء على خطة

تشريعية ترجع إلى أصل الذرائع .

- هذا ، وقد فرع الإمام الشاطبي عن هذا الأصل ، مبدأ الاستحسان ومبدأ الذرائع ،

ومبدأ مراعاة الخلاف - ج ٤ ص ١٩٤ وما يليها - المرجع السابق .

- إن وحدة غاية الحكم ومآل تطبيقه . أو تجسد الغاية أو المصلحة المرسومة في النتيجة الواقعية أثراً للتطبيق ، إذا تمت . فإن ضمان ذلك يندو رهناً بتأثر الظروف ، أو بعبارة أخرى ، إن وحدة مآل التطبيق تفترض التشابه في الظروف المؤثرة . إذ من غير المعقول أن تتحدد نتائج الحلول مع اختلاف الظروف أو تباينها .

- وإذا كان من المفروض أن تكون نتائج التطبيق ، أو مآل ممارسة الحقوق والاباحات ، تجسيدا لما رسم لها شرعاً من غايات ، باعتبار أن تلك الغايات مقاصد أو مصالح قد قصد الشارع أن تحقق عن طريق تشريعه ، لتصبح أوضاعاً قائمة أو ماثلة في المجتمع ، بما هي أصول العدل ، وموجهاته ، فإن صلة ما يفضي اليه التطبيق من مآل بالعدل ذاته ، تبدو واضحة جلية ، ومن هنا كان أصل النظر في المآل - كما يقول الإمام الشاطبي - معتبراً مقصوداً شرعاً (١) ، حتى يتفادى التسبب في المآل الممنوع ، لأنه مظهر من مظاهر التعسف ، أو مناقضة مقصد الشارع في المصلحة والعدل ، على حد تعبير الإمام الشاطبي ، ولو كان التسبب في أصل تشريعه مشروعاً .

- وأصل النظر في المآل ، إنما يعني أن يعمل الاجتهاد ، وهو بسبيل تطبيق القواعد والأقيسة النظرية في مواجهة الواقع بظروفه ، أو أن يعمل المكلف فيما هو بسبيله من ممارسة حق أو إباحة ، على تحقيق المواءمة بين ما يقتضيه الواقع ومقتضيات مقاصد التشريع ، بحيث لا تقع المناقضة بينها من حيث القصد أو المآل . كما بينا .

- ذلك لأن التشريع الاسلامي - بل كل تشريع - لا يعمل في فراغ نظري أو منطقي بحت ، وإنما التشريع للواقع بظروفه وملابساته .

(١) الموافقات - ج ٤ ص ١٩٤ وما بعدها المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي ج ١ ص ٦٢٤ وما بعدها - للمؤلف . طبع دار الرشيد بدمشق سنة ١٩٧٦ م .

- وينهض بهذه الموازنة في التشريع الاجتهادي الفروعى ، الخطط التشريعية التي أشرنا إليها ، ليجابه هذه الظروف بالحلول الملائمة التي تحقق مصالح الناس ، ولا تتجافى ومقتضيات العدل في آن معاً ، أو قل تحول دون اعتساف جادة المصلحة والعدل .

- هذا شيء .

- وشيء آخر ، هو أن الأصل العام المتفق عليه من قبل المحققين من الأصوليين ، أن الأحكام - أصولاً عامة وفروعاً - معلة بمصالح العباد ، نفيًا للتحكم^(١) والعبث ، وتفسيراً لمعقولية التشريع ، وتكويناً لقناعة المكلف .

- وعلى هذا ، فكل حكم في المعاملات قد شرع لغاية أو مصلحة مرسومة له شرعاً هي أساس تشريعه .

- ويتفرع عن هذا ، أنه لا يجوز أن يبتر الحكم عن غايته ، أو يجرد عن المصلحة التي شرع من أجلها ، أو أن يتخذ وسيلة إلى تحقيق غرض آخر ، ينافي غرض الشارع فيما رسم له من غاية ومصلحة ، ذلك ، لأن الحكم ، وحكمة تشريعه في التشريع الإسلامى ، مقترنان ، فكلاهما من وضع الشارع الحكيم ، كما يقرر ذلك الإمام الشاطبي في عبارة واضحة صريحة ، لا لبس فيها ولا إبهام : « إن كَوْنُ المصلحة مصلحة تُقْصَدُ بالحكم ، والمفسدة كذلك ، مما يختص بالشارع ، لا مجال للعقل فيه ، بناءً على قاعدة نفي التحسين والتقييح^(٢) ،

(١) الموافقات - ج ١ ص ٣ للإمام الشاطبي ، مقدمة الشيخ دراز .

(٢) إن كون التشريع الإسلامى مبنياً على مصالح العباد ، أمر مجمع عليه ، غير أن «المعتزلة» يجمعون «العقل» هو الحاكم بالحسن والقبح الذين يترتب عليها الثواب والعقاب في الآخرة ، والشرع جاء مقررراً لذلك ، وهو ما ينفيه جمهور المسلمين ، لأن الشرع هو الحاكم ، إذ لا حكم إلا لله ، وقضايا الشرع لا تتنافى وقضايا العقول .

فإذا كان الشارع قد شرع الحكم لمصلحة ، فهو الواضع لها مصلحة ، وإلا فكان يمكن عقلا ، ألا تكون كذلك (١) .

- ولو جاز تجريد الحكم ، عما وضع له من مصلحة ، لكان الحكم غاية في ذاته ، والفرض غير ذلك ، لأن الحكم مفعلاً بالمصلحة ، وهو مجرد وسيلة اليها ، فكان اعتباره غاية في ذاته على خلاف وضع المشروعات ، فضلاً عن أنه يناقض القضية المجمع عليها ، من اعتبار المصالح في الأحكام .
فالأحكام - كما يقول الإمام الشاطبي - لم تشرع لأنفسها (٢) ، بل شرعت لمعان آخر ، هي المصالح .

- وينتج عن هذا أيضاً ، أن هذه المصلحة التي وضعها الشارع غاية للحكم (٣) ، إنما قصد الشارع تحقيقها عملاً عن طريق الإمتثال والتنفيذ ، فإذا قصد المكلف تحقيق غرض آخر ، أو لزم عن تحصيل المصلحة المشروعة نتائج ضرورية ، فقد وقعت المناقضة ، ومناقضة قصد الشارع باطلة ، فما يؤدي إليها من العمل والتصرف باطل بالبداهة (٤) ، كما أسلفنا .

- ومقتضى هذا - أن تفسير النص ، أو تطبيق حكمه ، أو استعمال ما ينشأ عنه من حق يجب أن يكون في ضوء حكمة تشريعه ، وإلا كان التعسف والمناقضة لقصد الشارع .

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣١٥ .

هذا - ويؤكد الإمام عز الدين بن عبد السلام هذا الأصل أيضاً بقوله : « أما مصالح الدارين ، وأسبابها ، ومفاسدها ، فلا تعرف إلا بالشرع » .

- قواعد الأحكام - ج ١ ص ٨ .

(٢) الموافقات - ج ٢ ص ٣٨٥ و ٣٨٧ .

(٣) إثباتاً لمعقولية الشريعة ، وتكويناً لقناعة المكلف ، حتى ينطلق المكلف في امتثاله لأحكام الله تعالى . وتنفيذه لها ، عن معقولية وقناعة ، أي عن إرادة حرة .

(٤) الموافقات - ج ٢ ص ٣٢٨ - للإمام الشاطبي .

هذا ، ويصف الإمام الشاطبي « المصلحة » - وهي غاية الحكم التي شرع من أجلها ، أو الثمرة المرجوة من تطبيقه - بأنها « تعبدية » لا لينفي صفة « المعقولية » عنها ، بل ليؤكد أنها من وضع الشارع الحكيم أيضاً .

- فنتج عن ذلك بالضرورة ، أن الحكم والمصلحة التي شرع من أجلها ، مقترنان ، وكلاهما شرع وقانون ، لأنها كليهما من وضع الشارع الحكيم ، كما رأيت .

- ومقتضى هذا أيضاً ، أنه لا يجوز أن يخالف الحكم عن حكمة تشريعه ، تفسيراً وتطبيقاً ، لأن الحكم وسيلة غايتها المصلحة المرسومة شرعاً ، ولا عبرة بالوسائل إذا لم تتحقق مقاصدها .

- بل تغدو هذه المصلحة المشروعة غير مشروعة إذا لزم عنها مفسد مساوية لها ، أو راجحة عليها ، نتيجة لظرف من الظروف ، أو أثراً لباعث غير مشروع .

- وهذا ما أكدته الامام الشاطبي فيما أسلفنا ، إذ يقول : « ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة توازيها ، أو تزيد عنها » (١) .

- فإذا لزم عن تحصيل مصلحة الحكم أو الحق ضرر أشد ، أو مفسدة تربو على تلك المصلحة ، في ظرف من الظروف ، فلا يجوز تطبيق الحكم (٢) ، ولا ممارسة الحق .

(١) الموافقات ج ٣ ص ٢٥٧ .

- مسلم الثبوت - ج ٢ ص ٢٦٤ لهب الدين بن عبد الشكور وشرحه .

- وهذا في الواقع يرجع الى قواعد التنسيق التي تعتبر من موجبات العدل في الاجتهاد التشريعي من أن « دور المفسد مقدم على جلب المصالح » في حالة اذا كانت المفسد مساوية أو راجحة .

(٢) ونؤكد مرة أخرى أن إيقاف العمل بالحكم لفترة معينة حتى يزول الظرف المؤثر في ذلك المآل ، ليس نسخاً للحكم ، ولا إبطالاً للدليل ، إذ لا يملك احد سلطة النسخ بعد الله ورسوله . بل يعود تطبيق الحكم اذا زال المؤثر في المآل الممنوع ، كما أسلفنا .

— أو بعبارة أخرى يمنع التسبب في ذلك
— إذ الضرر الراجح لا يشرع بوجه ما .
— كل ذلك للحيولة دون الاعتساف الذي يعني مناقضة إرادة المشرع
الحقيقية .

— والمناقضة هي علة البطلان أو المنع ^(١) .
— هذا ، والمناقضة ، إما أن تكون بين قصد الشارع من تشريع الحكم ،
وبين قصد المكلف في التنفيذ والتطبيق ، وهي علة بطلان تصرفه ، منعاً لتسببه
في هذه المناقضة ^(٢) .

(١) الموافقات - ج ٢ ص ٣٨٥ .
(٢) يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد : « قصد الشارع من المكلف ، أن يكون قصده في
العمل موافقاً لقصد الله في التشريع » .
— هذا ، وقصد الشارع في الحكم الجزئي قد يكون مصلحة يدل عليها النص الجلي لفة ، كما
في دلالة النص ، من مثل قوله تعالى « ولا تفل لها أف » ، وقد تكون منصوفاً عليها ، كقوله
تعالى : « ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب » .
فالملة المتبادرة في الآية الأولى ، هي الأذى في أقل مراتبه ، فيكون التسبب فيها هو أشد ،
عمرماً من باب أولى ، وهذا معنى مفهوم لا يفتقر إلى أكثر من الوسائط اللغوية .
— أما في الآية الأخرى ، فالملة أو حكمة التشريع في القصاص ، هي « حياة الناس » التي
تصان عن طريق حكم الاعدام الذي من شأنه الردع والزجر .
— ومن مثل ذلك أيضاً ، قوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » فالملة في حل
انتفاع كل من المتعافدين بمال الآخر ، هو القراضي ، وهي علة منصوفاً صريحة كما ترى ، وهي
شرع وقانون .
— على أن الغاية النوعية التي حددها الشارع لكل عقد مسمى في التشريع الإسلامي ، شرع
وقانون أيضاً ، فلا يجوز اتخاذ العقد وسيلة ظاهرية لنقضها ، أو تحقيق مصلحة أخرى هي مفسدة
في ذاتها ، وتربو على الأولى ، وهذا يكون نتيجة باعث غير مشروع .
— هذا ، وثمة أحكام لا يمكن استخلاص عللها لتعرف المصالح التي بنيت عليها إلا عن طريق
الاجتهاد بالرأي بمسالك معروفة في علم الأصول .
— راجع الفلسفة الأصولية التي تنهض عليها « دلالة النص » في أصول التشريع الإسلامي
ص ٣٥١ - للمؤلف - طبع جامعة دمشق سنة ١٩٧٧ م .

— وإما ان تكون المناقضة بين مآل التصرف ، أو النتيجة الواقعية له ، من حيث ذاتها ، — ولو كان القصد حسناً — وبين الأصل العام الذي قام عليه التشريع كله .

— إذ لاتتصور المناقضة بين جزئي وكلي .

— ومن هنا وجدت قاعدة الاستثناء : الاستحسان — وسد الذرائع-إبان تطبيق القواعد العامة ، على الواقع المعاش ، وهما من الأصول المعنوية العامة المستخلصة من نصوص جزئية شتى ، قد ثبت ان المشرع لا حظها في التشريع ، وهذا هو الاستقرار الذي يفيد القطع واليقين .

— ولذا اتفق المحققون من الأصوليين على أصلهما ^(١) ، وإن كان الخلاف في مدى تطبيقهما ، نتيجة لاختلافهم في أمر آخر هو تحقيق المناط ^(٢) .

— وهذا يشير الى منشأ « نظرية التعسف » في التشريع الاجتهادي الفروعى الواقعي ، درءاً لسوء النتائج المادية في الواقع الاجتماعي ، إبان التطبيق ، من حيث ذاتها ، بقطع النظر عن البواعث النفسية .

— وبيان ذلك ، أنه اذا عجزت القاعدة النظرية العامة عن تحقيق العدل والمصلحة ، إبان تطبيقها على بعض جزئياتها ، لظروف ملابسة ، بحيث أضحي

(١) لا عبرة بمن لم يحتج بها ، لأنها خطئان تشريعتان تؤكدان أصل المصلحة والعدل ، كما وثقتان الأصل العام الذي قام عليه التشريع كله ، ومن هنا ، كان قول النافين خلافاً لا اختلافاً يعتد به .

(٢) الموافقات ج ٣ ص ٢١٠ — للامام الشاطبي — وراجع المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي ج ١ ص ٦٢٤ — للمؤلف .

حكمها^(١) يفضي الى النقيض من مقصودها أو الغرض المرجو في أصل تسريعها، أو الى نتائج ضرورية ، تستثني تلك الجزئية ليطبق عليها أصل آخر هو أجدر بتحقيق العدل والمصلحة إذ « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » .

— وهذا الأصل العام الذي أرساه الرسول - ﷺ - وتشهد له في التشريع كليات وجزئيات ، هو شامل بعمومه لنفي التشريع الاجتهادي الفروعى الضروري ، كما يشمل نفي الضرر الراجع الناتج عن سوء التطبيق الآلي غير المستبصر ، فضلاً عن شموله لتجرم الضرر الراجع ايقاعاً أو وقوعاً . نتيجة لممارسة حق أو اباحة من تحيل المكلف .

— وقد ذكرنا أن الاجتهاد في التطبيق لا يقل خطراً أو أهمية عن الاجتهاد في الاستسناط .

— فالأصل العام أن الضرر الراجع ممنوع في الإسلام أياً كان منشؤه ، إذا كان بغير وجه مشروع ينهض به دليل خاص .

— ولأنه يتنافى وضابط المشروعات من افاطة الحكم سلباً وإيجاباً بالمصلحة الراجعة .

— وقد أشار الامام ابن رشد في كتابه « بداية المجتهد » الى هذا الملاحظ في « قاعدة الاستحسان » اذ يقول فيه : « انه — الاستحسان — التفات الى

(١) ونعني بالقاعدة العامة ، ما هو أعم من القضية الكلية التي ينطبق حكمها على ما يندرج تحتها من جزئيات ، أو الحكم الجزئي الذي يتسم بالتجريد والعموم، ومن الأول ، قاعدة « نفي الغرر » وتحريمه في المعاملات ، فاستثنى اليسير ، ومن الثاني : « التزوج بالكتابات الأجنبية » فإنه حكم جزئي يتسم بالعموم من حيث الأشخاص والأزمان ، فيمكن إيقاف تطبيقه في ظروف استثنائية — كظروف الحرب مثلاً — لمصلحة راجحة ، أو دفعاً لضرر عام ، استثنائه من عموم الأزمان ، على النحو الذي الفينا في اجتهاد عمر بن الخطاب ، درماً للنتائج الضرورية المعسفة التي لم يقصدها الشارع قطعاً . — اصول التشريع ص ٣٣ وما يليها — للمؤلف .

المصلحة والعدل « (١) ، والاستحسان هو الاستثناء من القواعد العامة والأقيسة .

— ولا ريب أن « المصلحة والعدل » هما قوام التشريع كله .

— كما أشار الى هذا الملاحظ أيضاً الإمام مالك في قوله : « الاستحسان

تسعة أعشار العلم » (٢) .

— وأما « مبدأ سد الذرائع » فهو خطة تشريعية — وليس مصدراً مستقلاً

للتشريع — تسدد خطى المجتهد بالرأي ، أو تعصمه من الاعتساف في الفهم والتطبيق على الوقائع الجزئية المتجددة ، إذ ينزل بالقواعد المنطقية النظرية ، والأحكام الجزئية النظرية المجردة ، من أفقها المنطقي البحت ، الى الواقع المائل بطروفه الملاعبة ، فيعمل على المواءمة بين مقتضيات القاعدة النظرية المجردة والواقع المعاش ، كما ذكرنا . أو بعبارة أخرى ، يلتزم مقتضيات المصلحة والعدل ، ابان الاجتهاد ، ولا سيما في التطبيق العملي ، ليكون في ضوئها ، درءاً لظواهر التعسف في المآل .

(١) بداية المجتهد — ج ٢ ص ١٤٩ .

(٢) الاعتصام — ج ٢ ص ١٣٨ ، للشاطبي .

(١) راجع كتاب « مالك » للشيخ محمد أبي زهرة ص ٤١٩ وما يليها ، حيث يقول : « وإن اعتبار أصل الذرائع بسدها أو بفتحها ، على حد تعبير القرافي ، يعد من وجه ، وثيقاً لمبدأ المصلحة الذي استمسك مالك بعروته » .

— بل إن الإمام الشاطبي يرى أنه يمنع للفعل المشروع في الاصل ، إذا أدى إلى ضرر كثير ولو لم يكن غالباً ، ويعمل بذلك قوله : « الشريعة مبنية على الاحتياط ، والأخذ بالحزم ، والتحرز عما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة » .

— الموافقات — ج ٢ ص ٣٦١ و ٣٦٤ .

— راجع تفصيلات التطبيقات لقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » في « جامع العلوم والحكم » لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٥ .

- وهذا ما أشار اليه بعض العلماء المحدثين بقوله : إن مبدأ سد الذرائع ،
يوثق الاصل العام الذي قام عليه التشريع الاسلامي كله .^(١)

- وهذا ضرب من النظر في المآلات . بلا ريب .

- إذن ، طبيعة التشريع الإسلامي نفسه ، وبنيته الذاتية ، من حيث
أصله العام ، ومن حيث مفهوم الحق فيه ، ومن حيث الأصول العامة اللفظية
والمعنوية التي تمثل الخطط التشريعية في الاجتهاد ، هي منشأ نظرية التعسف .

- وإذا كان « درء التعسف »^(٢) يتخذ في كثير من الأحوال مظهر
« المواعمة » بين مقتضى القاعدة النظرية العامة ، وبين مقتضيات ظروف
التطبيق ، فإن هذا التشريع ، قد ملك - بفضل ذلك - مرونة عجيبة ، في
إمداد الحياة بحكم الدين ، مهما اختلفت الظروف وتباينت الحضارات ، أو
تبدلت بالناس الحياة ، وذلك سرّ خلوده .

- على أن التطبيق السليم الذي ينأى بنتائجه عن التعسف ، قد يفتقر الى
الخبرة العلمية أو الفنية المتخصصة ، وحينئذ يجب الاستعانة بها ، كلما اقتضت
الحاجة ذلك ، لأنها أضحت من مقومات العدل والمصلحة المعتبرة شرعاً .

- وهذا مظهر من مظاهر الصلة الوثقى بين التشريع الإسلامي والتقنين
العلمي والحضاري .

- وأيضاً مما يشير الى منشأ « نظرية التعسف » هو أن أحكام التشريع إذا

(١) كتاب « مالك » للشيخ أبي زهرة ص ١٩ ، وما يليها .

(٢) انظر حالات درء التعسف عند تعارض المصالح الفردية ، فيما بينها ، وتعارضها

والمصالح العامة ، الموافقات - ج ٢ ص ٣٤٨ .

كانت رحمة (١) ، وخيراً لعباده (٢) ، وعدلاً (٣) ، فإن المصلحة التي وضعها الله تعالى غاية لكل حكم من هذه الأحكام ، بل ما شرعه إلا وسيلة لتحقيقها ، هي رحمة ، وعدل وخير من باب أولى ، لسبب بسيط هو أن المقاصد والغايات أولى بالاعتبار من الوسائل بالبداية .

— وقد أكد الامام الشاطبي ضرورة أن يكون الفعل أو التصرف مطابقاً لقصد المشرع ظاهراً وباطناً ، أو مادة وروحاً و مقصداً ، وحينئذ يكتسب الفعل صفة المشروعية ، وإذا خالف الظاهر والباطن ، — المصلحة — فالفعل يفتقد غير مشروع ، إذ يقول في جلاء ووضوح :

« ولما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد ، كانت الاعمال معتبرة بذلك ، لأن مقصود الشارع فيها ، كما تبين ، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه ، على أصل المشروعية ، فلا إشكال ، وإن كان الظاهر موافقاً ، والمصلحة مخالفة ، فالفعل غير صحيح ، وغير مشروع ، لأن الأعمال الشرعية غير مقصودة لأنفسها وإنما قصد بها أمور أخر هي معانيها ، وهي المصالح التي شرعت لأجلها ،

(١) « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » .

(٢) « فاستبقوا الخيرات » والمبادرة الى الخيرات إنما تكون بالمبادرة إلى أسبابها ، وهي العمل بالأحكام الشرعية ، فعبّر بالسبب عن السبب .

(٣) « وما ربك بظلام للعبيد » « وما الله يريد ظمناً للعباد » « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات ، وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط » « إن الله يأمر بالعدل والإحسان » « وما جعل عليكم في الدين من حرج » .

— ويقول تعالى أيضاً : « وما خلقنا السموات والأرض وما بينهما لاعبين » ، ما خلقناهما إلا بالحق » .

— فإذا انتفى عن التشريع صفة التحكم ، والظلم ، والقهر ، والضرر ، والحرج ، والعبث ، فلم يبق إلا الرحمة والعدل والمصلحة ، والحكمة ، والخير .

فالذي عمل في ذلك على غير هذا الوضع ، فليس على وضع المشروعات ^(١) .
- وهذا بيّن لا يفتقر الى إيضاح .

مفهوم العدل في الاسلام ليس فكرة فلسفية خيالية مجردة خارجة عن أحكام التشريع ومقاصده

- إذا ثبت هذا - وهو ثابت كما رأيت - فإن « مفهوم العدل » في
الإسلام لم يكن فكرة فلسفية خيالية مجردة خارجة عن أحكام التشريع
ومقاصده ، تستوحى منها الأحكام للوقائع الجزئية المتجددة حين يعوز النص ،
على النحو الذي ألفينا في التشريع الوضعي ^(٢) ، بل « مفهوم العدل » في التشريع
الإسلامي ، يتمثل في « المصلحة » فردية كانت أم عامة ، ^(٣) ، لأنها « المقصد »
الذي توخاه الشارع من تشريعه للحكم الشرعي ، والشارع لا يصنع ، ولا
يتوخى ما كان جوراً أو ضرراً أو مفسدة .

- وبذلك يبدو جلياً ، أن « العدل » في الاسلام ، معنى مندمج في تشريعه
حكماً ومقصداً .

- وهذا ملحوظ قوي يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار ، ان في الاستنباط أو
التطبيق على السواء .

- وهو عين ما فهمه علماء المسلمين ، منذ القدم ، فالإمام العز بن عبد

(١) الموافقات - ج ٢ ص ٣٨٥ و ٣٨٧ .

- ويقصد بالباطن ، روح النص وحكمة تشريعه واقعاً .

- ومن هنا ، كان (الباحث) أثر في صحة التصرف وبطلانه ، حسبما يكون مشروعاً
أو غير مشروع - وهذا يقضي على قصد التحايل على قواعد التشريع .

(٢) إذ يحيل المجتهد على فكرة القانون الطبيعي إذا لم يجد نصاً في الواقعة المعروضة .

- راجع المادة الأولى من القانون المدني السوري .

(٣) والمصلحة العامة ، لشمول نفعها ، وعظيم خطرهما ، تمثل « العدل » في أقوى صوره في
التشريع الإسلامي . ولذا كان من قواعد التنسيق بين المصلحة الخاصة والعامة عند التعارض
الاستحکم ، أن « المصلحة العامة مقدمة » وأن تقديم الخاصة على العامة ، ظلم فادح لا يجوز المصير
إليه بحال ، بل هو أشد صور التعسف ظهوراً كما في الاحتكار مثلاً .

- الموافقات - ج ٣ ص ٢٥٧ وما يليها .

السلام ، يلتفت الى ذلك ، إذ يقول: «ومن تتبع مقاصد الشرع ، في جلب المصالح ، ودرء المفاسد ، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان ، بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها ، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها ، وأن لم يكن في ذلك نص ، ولا إجماع ، ولا قياس خاص ، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك (١) » .

— ونفس الشرع يوجب ذلك ، لأنه العدل بعينه ، فالمصلحة المعتبرة اذن مبنى العدل في الحكم ، ولو لم يرد نص ، ولا انعقد اجماع ، ولا أمكن اجراء قياس خاص ، في المسألة المعروضة .

— ويقول ابن القيم مؤكداً هذا المعنى : « فحيثما وجدت المصلحة ، فثم شرع الله ودينه » .

— ولا جرم أن شرع الله ودينه هو العدل بعينه .

— أو بعبارة أخرى ، إن « المصلحة » المعتبرة شرعاً ، اذا تحققت في أية واقعة ، فهناك شرع الله ودينه ، أي تحقيق العدل الإلهي .

— وقد أشرنا آنفاً ، الى أن الامام ابن رشد يفسر مبدأ الاستحسان — وهو ألجمع خطة تشريعية لدرء التعسف في الاجتهاد ، وللحيلولة دون الإفضاء الى سوء النتائج — بأنه « التفات الى المصلحة والعدل » (١) كما ذكرنا .

— واذا لاحظنا ان من « سند » الاستحسان ودليله هو المصلحة أدر كنساً في يُسر ، أن المصلحة هي أساس العدل ، وأن العدل هو المسوّغ للاستثناء (٢) .

(١) قواعد الاحكام — ج ٢ ص ١٦٥ .

(٢) بداية المجتهد — ج ٢ ص ١٥٤ .

— راجع في كل ذلك كتابنا — « أصول التشريع الإسلامي ، ومناهج الاجتهاد بالرأي »

ص ٥٩ وما يليها — طبع جامعة دمشق — سنة ١٩٧٧ م .

— راجع كتابنا « المناهج الاصولية » ج ١ ص ٦٢٦ وما يليها — طبع دار الرشيد —

سنة ١٩٧٦ م .

— المرجع السابق — ص ٦٢٤ وما يليها .

- وعلى هذا ، فمفهوم العدل في الاسلام - فضلا عن مثاليته - واقعي وعملي ، بحيث يوثق صلة الحياة بالاسلام تشريعاً على أفضل ما يكون للناس من مصلحة ، وأقوم ما ينشدون من عدل .

- هذا وتبدو «عبقريّة» التشريع الإسلامي في هذا التوفيق بين المثالية والواقعية توفيقاً 'مُحكّماً' ، فلا هو ينحو الى مثالية تخلق في آفاق من التفلسف المحض ، أو تهوّم في سُبُحات من التأمل المجرد البعيد عن الواقع ، بحيث يجعله مستعصياً على الفهم والتطبيق ، ولا هو 'يُخنلِدُ' الى الواقع على علته ، لا لشيء ، الا لكونه ممكناً ، بل نراه - كما رأيت - يوائم بين ما يقتضيه هذا الواقع المعاش ، وبين ما ينشد الإسلام من مثالية في المصلحة والعدل ، فيرتقي بالواقع ارتقاءً ممكناً يقربه الى المثالية زلفى ^(١) .

- وعلى هذا ، كان مآل التطبيق ذا مساس بأصل العدل في التشريع ، فالأفعال محكومة بنتائجها ، سلباً وإيجاباً ، وهذا ما أشار اليه الإمام الشاطبي في أجلى عبارة «النظر في مآلات الأفعال» ، معتبر مقصود شرعاً ، سواء أكانت الأفعال موافقة - مشروعة - أم مخالفة - غير مشروعة..» ^(٢)

- كل ذلك تجنباً للمآل المنوع .

- وانما تبدو صلة المآل بأصل العدل في أقوى صورها ، فيما اذا كان المآل ضرراً راجحاً ، أو حرجاً بالغاً غير معتاد ، سواء أكان ناشئاً عن ممارسة حق أم إباحة ، أم كان نتيجة لازمة ^(٣) تلقائية ، لاجتهاد تشريعي فروعى في وقائع معروضة .

(١) اصول التشريع الإسلامي - ص ٣٦ و ٤٨ و ٥٠ و ٦٠ - للمؤلف .

(٢) الموافقات - ج ٤ ص ١٩٤ - وما يليها .

(٣) راجع مسلم الشبوت - ج ٢ ص ٢٦٤ - لمحّب الدين بن عبد الشكور مع شرحه .

- حيث يبحث هذه القضية تحت عنوان : « هل تنخرم مناسبة الوصف لمفسدة تلزم ، مساوية أو راجعة » .

- ذلك لأن الشارع الحكيم لا يقصد الى مثل هذا قطعاً^(١)، لسبب بسيط هو كونه منافياً للأصل العام الذي قام عليه تشريعه كله ، من جلب المصالح ، ودرء المفاسد^(٢) .
- وهذه المناقاة هي الاعتساف بعينه .

معايير نظرية التعسف شاملة للحقوق والحريات العصبة والحرية والمالكية
- ويترتب على هذا ، أن معايير نظرية التعسف - كما رأيت - لا تقتصر على « الحقوق والاباحات » أو ما يطلق عليه - الحريات العامة - كما هو الشأن في بعض القوانين الوضعية ، ترسم دستوراً لممارستها ، بل يتسع مجالها ، ليشمل - الى ذلك - « الخطط التشريعية » في الاستنباط والتطبيق^(٣) على السواء ، يلتزم بها المجتهد ، ليدراً ما عسى أن يسفر عنه اجتهاده من نتائج^(٤) لا تتفق والأصل العام الذي قام عليه التشريع كله ، من اعتبار المصالح في الأحكام ، واناطة الأحكام بالمصلحة الراجعة .

(١) أصول التشريع الاسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي - ص ٢٩٣ - المؤلف .

(٢) راجع بحثاً مستفيضاً في « الاجتهاد بالرأي وصلته بمفهوم العدل » أصول التشريع الاسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي - ص ٣٣ وما يليها - المؤلف - طبع جامعة دمشق - ١٩٧٧ .

(٣) ذهب بعض القوانين الوضعية ، وبعض فقهاء ، إلى جعل مجال تطبيق نظرية التعسف مقصوراً على الحقوق بالمعنى الخاص ، فلا يشمل « الحريات العامة » ولا نرى مسوغاً لهذه التفرقة ، لأنه إذا كان أصل النظرية قائماً على أساس معالجة الواقع في ضوء مفهوم العدل ، فإن العدل لا يتجزأ .

- أصول القانون - ص ١٣٦ - للدكتور حسن كبره . الوسيط - ج ١ للدكتور السنهوري - النظرية العامة للحق ص ١٦٦ - للدكتور اسماعيل غانم .

(٤) والواقع أنه في حال ما اذا لزم مفسد واجحة عن تحصيل المصلحة المقصودة ، قد تعارض ما لأن ، المال الأصلي للفعل . ومآل المفسدة الراجعة اللازمة ، فيمنع الفعل نظراً لهذا اللازم المنوع ، لأن الاذن بالفعل حينئذ لا يتفق وضابط الشروعات ، اذ المجهود في الشرع ان ينأط الحكم سلباً وإيجاباً بالراجع ، أو بمباراة أخرى : تعارضت مصلحة الأصل مع مفسدة المال - راجع الموافقات - ج ٢ ص ٣٤٨ وما يليها .

- وجملۃ النتائج التي يمكن استخلاصها بناء على ما تقدم .
أولاً : لا يجوز استعمال الحق بمعناه الشامل للإباحة ، في غير ما شرع له
من غاية أو مصلحة مرسومة شرعاً ، لأنه يناقض أصل العدل في التشريع على
ما بينا .

ثانياً : وجوب إقامة « التوازن » بين المصالح الفردية المتضاربة ، ولو
كانت في الأصل مشروعة ، وناشئة عن حق ، وترجيح ما هو أكثر نفعاً ،
لأنه أولى بالرعاية ، انسجاماً مع الأصل العام في التشريع ، من أن درء المفساد
مقدم على جلب المصالح ، أي في حالة ما إذا كانت المفساد اللازمة مساوية
أو راجحة (١) .

ثالثاً : وجوب تقديم المصلحة العامة ، حالة تعارضها والمصلحة الفردية ،
واستحالة التوفيق (٢) من باب أولى .

- وإنما وجب المصير الى التوفيق أولاً ، لأن كلاً من المصلحتين معتبر
مقصود شرعاً ، ولا يجوز اهدار احدى المصلحتين على حساب الأخرى دون
مسوغ ، لان اعتبار كل منهما على حدة كما أسلفنا ، وعلى قدم المساواة ، عدل .

- حتى اذا استحال التوفيق ، وجب اناطة الحكم بالمصلحة الراجحة ، وهي
هنا المصلحة العامة بالبدهة ، جرياً على مقتضى ضابط المشروعات ، مع التعويض

(١) راجع الحالات التي تتضارب فيها المصالح الفردية ، في كتاب الموافقات - للإمام الشاطبي ،
بدءاً من قوله : جالب المصلحة أو دأريء المفسدة ... وكيف ينسق بينها على نحو يتفق ومقتضى
العدل ، تنسيقاً يتم عن سمة أفق ، ودقة فهم لأسرار الشريعة ومقاصدها .

- الموافقات - ج ٧ ص ٣٤٨ وما يليها ،

(٢) والمصلحة العامة ، تمثل العدل في أقوى مظاهره ، لسبب بسيط ، هو أن اهداؤها ضرر
كبير ، بل يرجح على كل مصلحة فردية ، بما لا يقاس ، فكانت الحيلولة دون ايقاع هذا الضرر
من صميم العدل في الاسلام ، وهو ما يقتضيه العقل والدين .

العادل للمصلحة الفردية المهدرة ، درءاً للتعسف ما أمكن .

- هذا ، والمصلحة العامة تمثل العدل في أقوى مظاهره ، والألما واجب تقديمها بالاجماع ، لاتفاق الاصوليين والفقهاء على أن التشريع الاسلامي قائم أساساً على نوعين من الحقوق :

الاول : حق العبد - حق الانسان الفرد .

الثاني : حق الله - حق المجتمع ^(١) .

- وهذان النوعان من الحق ، هما وسيلتا تينك المصلحتين الجوهريتين : الفردية والعامة .

- وتأسيساً على هذا ، فإن مركز الانسان الفرد ، ملحوظ في هذا التشريع ، من حيث العصمة والحرية والمالكية وذلك صدى لاعتبار شخصيته الانسانية الكاملة .

- غير أنه ينبغي ان يلاحظ ان اعتبار المصلحتين معاً ، واجب ، وعدل ، ما دام لا يقع تعارض بينهما ، والا فانه اذا استحکم هذا التعارض ، وجب اعتبار المصلحة الفردية في اطار المصلحة العامة دائماً ، حتى أضحى من المقررات الشرعية المعتبرة ان « الضرر الخاص يُتَحَمَّلُ في سبيل دفع ضرر

(١) راجع امهات كتب الاصول في بحث « الحكم » .

- وقد قدرت أن هذا الحق المزدوج هو فيصل التفرة الجوهرية ، بين التشريع الاسلامي . والتشريعات الأخرى المتطرفة يميناً أو يساراً .

(٢) المقصود بالعصمة ، عصمة نفسه . وماله ، وعرضه .

- وبالحرية : الحريات العامة ، من حرية التملك ، وحرية الرأي ، وحرية السكن وحرية التنقل ... الخ .

- وأما المالكية . فهي صفة كونه أهلاً لأن يكون مالكاً ، وان تحترم ملكيته إذا كانت بطريق مشروعة ، وهذه الاصول الثلاثة ، تعتبر من النظام الشرعي العام .

- اصول التشريع الاسلامي - ص ٢٨٠ وما يليها - المؤلف .

عام ^(١) ، وان « المصلحة العامة » ^(٢) مقدمة ، كما أسلفنا .
رابعاً : ان الحكم الشرعي - وهو منشأ الحق - معلل بالمصلحة التي
وضعها الشارع غاية لتشريعه .

- وعلى هذا فالحكم الشرعي غائي يستهدف تشريعه غرضاً مرسوماً ، فلا
يجوز تجريده منه أو اعتسافه في العمل والتطبيق ، حتى لا تكون « المناقضة »
بين قصد الشارع وقصد المكلف ، والمناقضة هي عين « التعسف » . والتعسف
هو علة بطلان التصرف ، ولو كان في الاصل مشروعاً .

- هذا ، وتحقيق المصلحة التي وضعها الشارع تمثل العدل مجسداً .

- خامساً : اذا أفضى تطبيق الحكم - في ظرف من الظروف - الى مفسدة
تربو على ما وضع له من مصلحة ، منع التسبب في ذلك ، ولو كان القصد حسناً ،
درءاً للتعسف ، لان العبرة بالملآلات .

- وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي : « إيقاع السبب ، بمنزلة إيقاع
السبب » قصد ذلك المتسبب أولاً : لانه لما جعل مسبباً عنه ، في مجاري
العادات ^(٣) ، عدّه كأنه فاعل له مباشرة ^(٤) .

(١) المجلة / مادة / ٢٦ .

(٢) الموافقات - ج ٤ ص ٢٠٠ وما يليها .

- هذا ، ويطلق الإمام الشاطبي على « المصلحة العامة » جهة التعاون « ويقم الأدلة من الكتاب
والسنة ، والمعقول ، على ترجيح المصلحة العامة عند تعذر التوفيق بينها وبين المصلحة الفردية ،
والحق ، أن هذا التقديم يرسي مبدأ هاماً في التشريع الاسلامي ، هو مبدأ التضامن أو التكافل
الملزّم بين الفرد والمجتمع ، إذ لا معنى للتعاون » الا هذا .

- الموافقات - ج ٣ ص ٢٥٨ وما يليها .

(٣) المعيار موضوعي كما ترى ، لا شخصي ، أي في نظر الشخص العادي ، لا التسبب خاصة .

(٤) الموافقات - ج ٣ ص ١٤٩ .

- أصوله التشريع الاسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي ص ٢٠ - المؤلف .

- ومن هنا كانت اقامة « التوازن » بين المصالح الفردية المتضاربة ، والتوفيق بينها ، وترجيح ما هو أكثر نفعاً ، أو أدفع ضرراً ، من أصول العدل ، وموجهاته ، لانه ثبت بالاستقراء ، ان هذا هو ضابط المشروعات .

سادساً : وتأسيساً على اعتراف التشريع الإسلامي بحق الفرد ، وحق المجتمع ، على سواء ، واعتبارهما كليهما ، « القيمة المحورية » للتشريع الاسلامي ، بل قوام النظام الشرعي العام ^(١) فيه ، وما يلزم عن ذلك ، من اقراره لغايتيهما من المصلحة الفردية ، والمصلحة العامة ، كمصلحة جوهرية مستقلة عن المصالح الفردية ، وما لزم عن ذلك أيضاً من وجوب اعتبار المصلحة الفردية في اطار المصلحة العامة ، دفعاً للتناقض ، وتحقيقاً لجهة التعاون ، تميز هذا التشريع بـ **بِئِنَّيَّتِهِ** الذاتية ، عن سائر التشريعات الوضعية التي تتسم بالتطرف نحو اليمين او اليسار ، في اصل تشريعها ، وان اخذت في الآونة الأخيرة تكفكف من غلواء هذا التطرف ، نتيجة لمواجهتها للواقع وإحساسها بمقتضيات العدالة ^(٢) ، على نحو يقربها - الى حد ما ، وعلى تفاوت - من اصل النظر في التشريع الإسلامي ، من حيث اساس فكرة الحق فيه ، فثبت بما لا يدع مجالاً للشك أن هذا التشريع الإلهي لم يكن وليد التطور ، ولا صدى للارادة الانسانية

(١) أصول التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي ص ٢٥٦ - للمؤلف .

- المناهج الأصولية ص ٢٤٠ للمؤلف .

(٢) أشرنا آنفاً إلى أن الفقه الاسلامي قد استنبط قواعد للتنسيق بين المصالح المتضاربة ، درءاً للتعسف ، وتجنباً للإخلال بمقتضى البنية الذاتية للتشريع الإسلامي التي تمثل النظام العام فيه ، من مثل :

- « الضرر الخاص يتحمل في سبيل دفع ضرر عام » مادة ٢٦ / المجلة .

- ومن مثل « الضرر الأشد يزال بالأخف » مادة ٢٧ / المجلة .

- ومن مثل « يختار أهون الشرين » مادة ٢٩ / المجلة .

- ومن مثل « درء المفسد مقدم على جلب المصالح » أي اذا كانت المفسد مساوية أو راجحة

الاشباه والنظائر - ص ٧٩ للسيوطي .

المتغيرة ، بما يعصف بها من نوازع وأهواء ، « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض » .

— لذا ، كانت « نظرية التعسف » عريقة في التشريع الاسلامي ، وجدت 'مذ كان ، لاتصالها بأصل فكرة الحق والمصلحة والعدل فيه ، كآرايت .

— ومن ثمَّ ، كانت منبسطة الظل على كافة الحقوق فيه ، ومن معاييرها الخطط التشريعية التي يلتزمها المجتهد ابان مواجهة الواقع بقواعد التشريع النظرية ، بما ترسم من دستور يعصم من التنكب والاعتساف ، في حين لم يعرف هذه النظرية الفقه والتشريع الوضعيان ؛ إذ لم تسعف الفلسفة التي يقوم عليها أصل الحق فيها على نشوء هذه النظرية ، لسبب بسيط ، هو هذا التطرف الذي مني بها اليسار أو اليمين ، من حيث إنَّ أحدهما أنكر حق الفرد ، ومركزه في التشريع ، وتجاهل الآخر حق المجتمع ، واطلق للفرد الحقوق (١) .

— والتطرف تعسف في ذاته .

— فاذا كان التعسف هو أساس تلك التشريعات ، فكيف يتصور وجود نظرية تدرؤه ؟

— لا يتصور ذلك ، لانه يعود على أساس التشريع بالنقض .

— وهكذا يبدو لك في جلاء أن « عبقرية التشريع الاسلامي » آيةٌ من آيات سماوية هذا الكتاب العزيز المعجز ، مصداقاً لقوله تعالى : « سنريهم آياتنا في الآفاق . وفي أنفسهم . حتى يتبين لهم انه الحق » .

(١) أما التشريع الاسلامي ، فلا يتجاهل أياً من مكونات الواقع ، لانه يرى أن الاعتراف بالحقين معاً ، وبمصلحتيهما ، عدل .

— ومن هنا كان الخلاف جذرياً ، لأنه يتعلق ، بمفهوم الحق . وبمفهوم العدل . بل وبينية التشريع كله . أو بالقيمة المحورية التي تدور عليها أحكامه . اصولاً وفروعاً . على ما أسلفنا .

— وختاماً . فان مما تجدر الاشارة اليه ، في هذه المقدمة للطبعة الثانية

أن هذا الكتاب — بما هو ثمرة لجهد علمي — استغرق ست سنوات تقريباً من التفرغ ، اذ كان اطروحة الدكتوراة التي نالت درجة الامتياز بمرتبة الشرف — قد تولت طباعته جامعة دمشق ، على نفقتها الخاصة ، ومن ثم لم تتح له فرصة التوزيع ، بل بقي الانتفاع به مقصوراً على المحيط الجامعي ، اذ قررت منه موضوعات في كليتي الحقوق والشرعة ، من الجامعة المذكورة ، كما تقررت موضوعاته . في جزأيه . منهجاً لدراسة الفقه المقارن . في الدراسات العليا ، قسم الدكتوراة ، في كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، طوال ثلاث سنوات تقريباً ، بدءاً من سنة ١٩٧١ — ١٩٧٤ . ابان فترة اعارتي استاذاً للتدريس فيها .

— ونحن اليوم نعيد طبعه بعون الله تعالى . بعد نفاد طبعته الأولى . منذ سنوات ، بناء على الحاح أهل العلم وطلابه ، ليصبح في متناول مراكز العلم في العالم العربي والاسلامي ، والمتخصصين في الدراسات التشريعية الاسلامية بوجه خاص ، والمتقنين والمخلصين لشرع الله المؤمنين بسماوية رسالته، والمنصفين من الباحثين حيثما كانوا .

— وأسأل الله تعالى لنفسي . ما يسأل كل مؤمن صادق صابر . ان يجعل هذا الجهد خالصاً مخلصاً لوجهه الكريم . لإعلاء كلمته . وخدمة شريعته . والله ولي التوفيق .

دمشق الجديدة سنة ١٣٩٧ هـ

الموافق ١٩٧٧/٥/٧ م

المؤلف

الدكتور فتحي الدريني

استاذ الفقه المقارن . وأصول الفقه الاسلامي في كليتي
الحقوق والشرعة — من جامعة دمشق

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

البَابُ الْأَوَّلُ

نظريّة التعسف في استعمال الحق
في
الفقه الإسلامي

تمهيد في فلسفة التعسف كما يراه الأصوليون

بينما أن الفقه الاسلامي نظر الى الحق نظرة اجتماعية ، ففقد التصرف في الحق - كسباً وانتفاعاً - بالنسبة الى صاحبه ، وبالنسبة الى الغير ، فرداً كان أم جماعة ، بقيود مؤداها المحافظة على مقصود الشرع ، والمحافظة على حق الغير ، وهو - كما قلنا - حق الله في كل حق فردي ، فمنع الاعتداء الحقيقي المجاوز لحدود الحق^(١) ، كما منع التعسف داخل حدود الحق ، اذا افضى الى الاخلال بمقصود الشرع والمحافظة على حق الغير ؛ لاتحاد العلة أو المآل . ويرشدنا الى منع التعسف إشارة الأصوليين في تفصيلهم لمراتب الضرر الناشئة عن استعمال الحقوق والاباحات ، فمن ذلك قول الامام الشاطبي : « وأيضاً ففي العادات - وهي الحقوق والاباحات - حق الله تعالى من جهة وجه الكسب والانتفاع ؛ لان حق الغير محافظ عليه شرعاً ايضاً ، ولا خيرة فيه للعبد ، فهو حق الله تعالى صرفاً في حق الغير ، حتى يسقط حقه باختياره ، في بعض الجزئيات لافي الامر الكلي ، ونفس المكلف ايضاً داخلة في هذا الحق ؛ اذ ليس له التسليط على نفسه ، ولا عضو من أعضائه بالاثلاف^(٢) » .

ويقول في موضع آخر مشيراً الى اساس الحق والاباحة :

-
- (١) أهم من أن يكون حقاً أو إباحة .
(٢) أي فليس كل حق للفرد يجوز له إسقاطه ، فالحق الفردي الذي لله فيه حق خالص لا يسقط بإسقاط الفرد ، كحق الحياة ، أما الحق الذي للفرد فيه حق مغلب فله إسقاطه ، كإبراء المدين من الدين كلاً أو بعضاً ، ذلك لأنه لا يتعلق بإسقاط الأول مقصد شرعي ، بخلاف الثاني ، لان في التصديق على المعسر مصلحة ظاهرة تدب الشرع اليها ،
الموافقات ج ٢ ص ٣٢٢ ، المرجع السابق ٣٤٨ .

« جلب المصلحة او دفع المفسدة اذا كان ماذونا فيه على ضربين : احدهما ، ان لا يلزم عنه اضرار الغير ، والثاني ، ان يلزم عنه ذلك ، وهذا الثاني ضربان : احدهما ان يقصد الجالب او الدافع - وهو صاحب الحق او الاباحة - ذلك الاضرار .. والثاني : ان لا يقصد اضراراً بأحد وهو قسمان ... الخ .

وهكذا نرى الاصوليين لا يقتصرون في المحافظة على حق الغير ، ومقاصد الشرع ، على منع الاعتداء مباشرة او تسببا ؛ بل يمنعون التعسف الذي يستند الفعل فيه الى حق او اباحة ، اذا ادى الى ذلك ، لوحدة العلة او المآل .

وهذه النصوص التي نقلناها عن الامام الشاطبي الاصولي المحقق ، تفيد تقييد الحق الشخصي - من حيث الباعث او القصد ، ومن حيث المآل ايضاً ، بقطع النظر عن القصد - بحيث لا يخل بالمحافظة على مقصود الشرع ، وبالمحافظة على حق الغير ، بل نجد استعمال الحق مقيداً بالشرعية بالنسبة الى صاحب الحق نفسه - كحق الحياة او الحق في سلامة جسمه واعضائه - فله تعالى حق خالص على الفرد مباشرة في هذه الامور ، بقطع النظر عن افراد آخوين ، فاذا كان للفرد حق الحياة والمحافظة عليها ، والاستمتاع بها ، فليس ذلك حقاً^(١) خالصاً له ؛ بل يشاركه فيه حق الله تعالى ، وهو حق الاستعباد « وما خلقت الجن والانس إلا ليعبدون » ولان ازهاق النفس في غير مقصد شرعي امر محرم لا يستقيم معه امر الحياة ، ويتنافى مع القول باعتبار المصالح في الاحكام ؛ ولذا لا يجوز للفرد اسقاطه ؛ لانه يؤدي الى اسقاط حق الله تعالى ، فلا يجوز الانتحار مثلاً ، كما لا يجوز تعريض الفرد نفسه للفتن والهلاك او التسليط على نفسه او اي عضو من اعضائه بالاتلاف ، ولا نرى لهذا الحكم مثيلاً في القوانين الوضعية ؛ فلم يفكر المشرعون الوضعيون حتى اليوم بتقييد الفرد في التصرف في حق نفسه .

وكذلك المال فهو جارٍ على هذا الاسلوب ؛ فلا يجوز للفرد ان يفسد مال

مثلاً دون مقصد نفسه شرعي ، وكذلك كل الضروريات من عقل ونسل . يقول الامام الشاطبي في هذا الصدد « واما المال فيجار على هذا الاصواب ، فانه اذا تعين الحق للعبد فله اسقاطه ، وقد قال تعالى : « فان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وان تصدقوا خير لكم ، ان كنتم تعلمون » بخلاف ما اذا كان في يده ، فاراد التصرف فيه واقلافه في غير مقصد شرعي يبيحه الشارع فلا (١) .. » .
واذا كان حق الحياة من الحقوق العامة او الحريات العامة ، فالمال من الحقوق الخاصة ، اعنى حق الملكية ، وكلاهما مقيد .

هذا ، واذا كان الله تعالى قد منح الفرد حق الانتفاع بالطيبات على سبيل الاختصاص ، كما في حق الملكية ، او على سبيل الشركة العامة ، كما في الاباحات ، فليس ذلك الحق مطلقا ؛ بل مقيد بما سن له الشارع ورسم ، حتى لا يكون فيه اعتداء على حق الغير .

ويقول الشيخ دراز معلقاً على قول الامام الشاطبي : « الثاني ، أي من حقوق العبد في العادات - جهة اخذه للنعمة على اقصى كمالها فيما يليق بالدنيا ، لكن بحسبه في خاصة نفسه .. الخ » فانتفاع العبد بالطيبات من النعم جعله الله حقاً من حقوقه بحسب ماهياه الله من ذلك ، كما قال « قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده والطيبات من الرزق قل هي للذين آمنوا » فجعل ذلك حقاً له لكن لامطلقاً ؛ بل حسباً (٢) سن له و رسم ، حتى لا يكون فيه اعتداء على حق الغير .

هذا ولا تعني المحافظة على حق الغير مجرد مني الاعتداء عليه ، بطريق المباشرة او التسبب مع التعدي ، كما قلنا ، وذلك بتجاوز الشخص حدود حقه الموضوعية ؛ لان هذا امر مسلم في جميع الشرائع ؛ بل تعني ايضاً المحافظة على حق الغير ابان استعمال الشخص لحقه ، اي بعدم التعسف فيه ، كما اشار اليه الامام الشاطبي في عرضه لحالات الضرر (٣) .

(١) المرجع السابق ص ٣٧٧ .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٢٢ ، المرجع السابق .

(٣) الموافقات ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها .

نخلص من هذا الى ان الفقه الاسلامي لم ينظر الى الفرد كوحدة مستقلة عن المجتمع ، كما لم ينظر الى حقوقه على أنها غاية في ذاتها ، بل اعتبر الفرد وحدة انسانية تعيش في اطار اجتماعي ، وترتبط بغيرها بمن يشاركونها هذا العيش برباط المصالح المتبادلة ، والمهدف المشترك ، او بعبارة اخرى باعتباره فرداً اجتماعياً ، وهذه الصفة المزدوجة من الفردية والاجتماعية ، تنعكس بالضرورة على حقوقه ، فتتفى عنها صفة الفردية المطلقة لتقيدها بما يحقق المعنى الاجتماعي فيها ، كما تنفى عنها الصفة الجماعية المحضة ؛ لان في ذلك اهدار للمصلحة الاخرى وهي الفردية ، وقد حرص الفقه الاسلامي على ابقاء هذه الصفة المزدوجة في الحق ، بدليل ما يقضى به في قواعده من التنسيق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة عند التعارض ؛ رعايه للحقين معاً ما امكن ، والمعنى الاجتماعي تجده في تحريم استعمال الفرد حقه بقصد الاضرار بغيره من افراد المجتمع ، او استعماله على نحو ينجم عنه اضرار فاحشة بغيره ، ولو بدون قصد منه ، او أن يتخذ من حقه ذريعة لتحقيق اغراض غير مشروعة ضارة بالمجتمع ، من تحليل محرم او اسقاط واجب .

واذا كانت المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية هما غاية الفقه الاسلامي ، وهي - كما ترى - غاية مزدوجة ^(١) ، فقد شرع الفقه الاسلامي الاحكام - وهي مناشيء الحقوق والاباحات - وسائل ؛ لتحقيق تلك الغاية المزدوجة .

نقطة البدء في نظرية التعسف تنطلق من الصفة المزدوجة للحق :

ونقطة البدء في نظرية التعسف تنطلق من هذا المعنى ، وهو ان الحقوق ذات صفة مزدوجة فردية واجتماعية ، وهي في الوقت نفسه وسائل لتحقيق هذه الغاية المزدوجة ايضاً ، وهي المصلحة الفردية والمصلحة العامة ، توفق بينهما عند التعارض ما امكن ، وتقدم هذه الاخيرة مع التعويض العادل على الفرد اذا استحال التوفيق بغير ذلك .

(١) وبذلك يختلف عن الفرد بين الذين يجعلون الفرد محور التشريع ، وبين انصار نظرية التضامن الاجتماعي ومن سار في فلكهم ، الذين يجعلون الجماعة هي محور القانون وغايته .

وعلى هذا الاساس ، يمكن القول بان التعسف في استعمال الحق انما يكون على وجه يناقض مقصد الشارع من تشريعه ، ومن صور هذه المناقضة ماييلي :

اولاً - استعمال الحق - سلباً او ايجاباً - لمجرد قصد الاضرار بالغير ، اذا الحق لم يشرع وسيلة الى ذلك ؛ بل شرع لمصلحة معتبرة شرعاً ، وليس الاضرار بالغير مصلحة مشروعة ، او مقصدا للشارع ، فالمناقضة ظاهرة .

ثانياً - استعمال الحق لتحقيق مصلحة تافهة لا تتناسب مطلقاً مع الضرر الناشئ عنه ، والمناقضة ظاهرة ايضاً من قبل ان ماغلب ضرره على نفعه لا يشرع .

ثالثاً - استعمال الحق - ولو معتاداً - اذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير ، ولو غير مقصود ؛ لان هذا يتناقض مع قواعد الشريعة القاضية بدفع الضرر قبل وقوعه ؛ وبازالته بعد الوقوع ؛ بل يتناقض مع الاصل العام الذي قامت عليه الشريعة وهو « جلب المصالح ودرء المفاسد » ، وان « درء المفاسد مقدم على جلب المصالح » .

هذا ، ومن باب اولى ، لا يجوز استعمال الحق اذا ادى الى الاضرار بالجماعة ؛ لان المفاسد اللازمة هنا اعظم بداهة ، فالمناقضة اظهر ، ولو ترتب على ذلك تقويت مصلحة الفرد^(١) ، كما يقول العز بن عبد السلام : « فان كانت المفسدة اعظم من المصلحة ، درأنا المفسدة ، ولا نبالي بفوات المصلحة^(٢) » .

والتعسف كما يكون في التصرف الايجابي ، يكون كذلك في التصرف السلبي ، كامتناع التاجر عن بيع السلع احتكاراً وتربصاً بالناس الغلاء ، وهم في حاجة اليها ، فالامتناع هنا تعسف ، بالنظر الى مايلزم عنه من اضرار بالجماعة ، و كامتناع صاحب الحائط المائل الآيل للسقوط في طريق العامة عن هدمه ، بعد الاشهاد ، يعتبر تعسفاً بالنظر الى ماله من الضرر العام .

فالتعسف اذن يشمل استعمال الحق بوجهيه الايجابي والسلبي على

(١) الى تعويض ان كان له وجه .

(٢) القواعد للعز بن عبد السلام ج ١ ص ٨٣ .

نحو يناقض مقصد الشارع ؛ لان العبرة بهذه المناقضة .
 رابعاً - اتخاذ الحق ذريعة لتحقيق مصالح غير مشروعة ؛ احتيالاً على قواعد
 الشرع ؛ وتخلصاً من احكامها تحت ستار الحق ، كهبه المال - وهو تصرف في
 حق الملكية - قرب نهاية الحول ؛ لاسقاط الزكاة ، وبيع العينة - وهو من حرية
 التعاقد - توصلاً الى الربا ، او بيع العصير ممن يعتقد او يغلب على ظنه انه يتخذه
 حراماً ؛ لما فيه من الاعانة على الاثم ، والمناقضة في هذا التذرع ظاهرة ؛ لان
 الحقوق لم تشرع لتكون ذرائع لهدم قواعد الشريعة ، بتحليل المحرم او اسقاط
 الواجب ، كما يتناقض مع الأساس الاول الذي قامت عليه الحقوق من أن
 « المصالح معتبرة في الاحكام » اي ان الاحكام معلة بمصالح العباد .
 ونخلص من هذا الى ان الحق لا يجوز استعماله في غير المصلحة التي شرع من
 أجلها ، وهنا مسألة هامة لا بد من بحثها ايضاً لنظرية التعسف ، وهي :

ما المفصود بالمصلحة التي شرع الحق من أجلها ؛

قد يتبادر الى الذهن ان المراد بالمصلحة التي شرع الحق من أجلها في الحقوق
 الشخصية بوجه خاص ، مجرد المنفعة او الفائدة الشخصية المحضة المشروعة التي يجنبها
 صاحب الحق كثمرة لاستعمال حقه - دائماً وفي جميع الاحوال ؛ ولكن هذا النظر
 مبتسر وخاطيء ؛ لانه مؤذن بكون الحق ميزة طبيعية خالصة ، ومصدراً لسلطات
 مطلقة ، وهو ما لا تقره الشريعة بمجال ، كما اسلفنا ، وانما المراد بالمصلحة تلك التي
 رسمها الشارع وقورها للحق ، وجعل مدى اعتبارها شرعاً رهناً - بما يعارضها من
 مصالح أخرى قد تصبح فيه مرجوحة او مساوية او راجحة ، وبذلك تتكيف
 المصلحة الفردية - في ضوء هذا التعارض ومداه .

وعلى هذا ؛ فقد تكون المصلحة مشروعة في الاصل ، وتطوي على المنفعة
 التي أقرها الشارع ؛ ولكنها - لمعارضتها لمصلحة أخرى - اصبحت غير معتبرة ،
 وضابط ذلك الموازنة .

فالمصلحة الفردية، اذا لزم عنها مفسدة مساوية أو راجحة، اهدر اعتبارها في هذه الحال ؛ لان دواء المقاسد مقدم على جلب المصالح .

ومن باب اولى، تهدر اذا عارضتها مصلحة عامة، كما تقدم، وليس معنى عدم اعتبار المصلحة المرجوحة انحرام مناسبتها للحكم ؛ بل تبقى مصلحة في ذاتها ، كما قدمنا ؛ لان الحقائق لا تتبدل ، وبديل انها اذا سلمت عن معارضة ماهو اولى منها بالاعتبار ، عاد اليها اعتبار الشارع اليها ، وشرع الحكم المناسب عندها .

فمصلحة الفرد في تلقي السلع، ومصلحة بيع الحاضر للبادي ظاهرة ؛ ولكنها غير معتبرة شرعاً اذا أدى ذلك الى الاضرار بالعامة ، فليس المقصود بالمصلحة التي شرع الحق من أجلها إذن مجرد النفع الشخصي ؛ بل المراد بذلك المصلحة التي لا تتعارض مع التنظيم التشريعي العام في الفقه الاسلامي . واستعمال الحق بقصد تحقيق المصلحة التي شرع الحق من أجلها حال معارضتها لروح الشريعة وقواعدها العامة تعسف .

وهذا التنظيم هو الذي ينسق بين المصالح المتعارضة والمشروعة في الأصل ، وفي الواقع ، ان هذا التنسيق مراعى فيه مصلحة الغير من الفرد والجماعة، وبذلك يمكن القول بأن المصلحة في الشريعة الادلامية ليست بالمصلحة المطلقة أو الانانية الحاصلة ؛ بل هي المصلحة الاجتماعية . . . وهذا التنسيق هو ما تظلم به نظرية التعسف .

وتأسيساً على هذا النظر ، اذا اعتبرنا التعسف انحرافاً بالحق عن الغاية التي شرع من أجلها ، فانما نعني بذلك المصلحة التي رسمها الشارع في حدود الاطار التشريعي العام ، لا المنفعة الشخصية المطلقة ، وهي المصلحة التي خلصت من معارضة مصلحة أخرى هي أجدر منها بالرعاية ، على ضوء من المقررات والقواعد الشرعية في الترجيح .

فاذا استعمل الفرد حقه — ولو استعمالاً معتاداً — لمصلحته الخاصة ، وكانت مشروعة في ذاتها ؛ لاستنادها الى حق ؛ ولكنها تعارضت مع مصلحة أخرى هي

أجدر بالاعتبار في نظر الشرع ، اعتبر متعسفاً في حقه عن الغاية المرسومة شرعاً ، تلك الغاية التي تتفق مع التنظيم التشريعي العام ؛ لأن القصد الى المصلحة الخاصة - ولو كانت هي مصلحة الحق المقررة له شرعاً - في الحال التي تكون فيه مرجوحة ، تعسف وإساءة في الاستعمال ، ومجافاة لقصد الشارع في التشريع ؛ إذ ليس من قصد الشارع إهدار الراجع واعتبار المرجوح .

لا يقال إن الفرد في هذه الحال يعتبر متعدياً لا متعسفاً ؛ لأنه قصد تحقيق مصلحة مرجوحة ، وهي غير مشروعة ، والقصد الى غير المشروع تعدٍ ؛ لأننا نقول : هذا التباس في الفهم ؛ لأن وحدة الصفة لا تؤذن بوحدة الأصل ؛ فالحق الذي أسيء استعماله أضحت المصلحة فيه غير مشروعة ؛ لتعارضها مع مصلحة أخرى هي اولى بالاعتبار في نظر الشرع ؛ ولكنها كانت مشروعة أصلاً ، وقد قررت للحق قبل هذا التعارض ، حتى اذا خلصت من هذا التعارض في ظرف آخر ، عاد اليها اعتبارها ، وليس كذلك المصلحة المنوعة او المحرمة أصلاً ، فهي محرمة ومنوعة في كل حال ، ولا تحل إلا حال الضرورة ؛ لقوله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم اليه » .

والخلاصة : إن الشارع قد قرر للحق مصلحة اجتماعية لا فردية خالصة ، تؤكد روح التضامن والتكافل الاجتماعي .

دور التعسف قد يقتضي ترجيح مصلحة على أخرى :

هذا نتيجة لما تقدم ، فالتعسف في استعمال الحق يوجد عند تعارض المصالح ، ودوره يتخذ صورة ترجيح مصلحة على أخرى .

قدمننا أن المالك الذي يستعمل عقاره - ولو معتاداً - ويترب عليه ضرر فاحش يجاره ، ولو دون قصد منه ، يمنع ، وفي هذا ترجيح لمصلحة الجار ، كما ترى ؛ دفماً لضرر هو أشد من منع المالك من استعمال حقه على نحو ما ، عملاً

بقاعدة «مُختار أهون الشرين»^(١) وهذه القاعدة الاساسية تعتبر مؤيداً لنظرية التعسف ، إذ تتفرع عنها معظم مسائله^(٢) .

وهذا المعنى يؤكد به الامام العز بن عبد السلام ، إذ يقول : « اذا اجتمعت مصالح ومفاسد ، فان أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك ؛ أمثلاً لأمر الله تعالى فيها ؛ لقوله سبحانه وتعالى : « فاتقوا الله ما استطعتم » وإن تغذر الدرء والتحصيل ، فان كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ، ولا نبالي بفوات المصلحة^(٣) » .

هذا الدرء الذي يصرح به الامام العز بن عبد السلام هو درء التعسف ؛ استناداً إلى الموازنة ، وهو المعيار المادي لنظرية التعسف ، ويضرب أمثلة تطبيقية على هذه القاعدة ، تمثل درء التعسف في استعمال الحق ، منها :

« الحجب على المفلس مفسدة في حقه ؛ ولكنه ثبت تقدماً لمصلحة الغرماء على مفسدة الحجب ، وإن شئت قلت تقدماً لمصلحة غرمائه على مصلحته في الاطلاق »^(٤) .

(١) هذه القاعدة يتفرع عنها قاعدة « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام (وقاعدة) درء المفاسد أولى من جلب المصالح » راجع فلسفه التشريع الاسلامي للمحصاني ص ٢١٠ ، والمجامع بشرح المنافع ص ٣١١ وتفسير القرآن الكريم للشيخ محمود شلتوت .

(٢) لأن تطبيقها يقتضي الموازنة بين المصالح المتعارضة ، وهذا هو الجانب المادي من النظرية ، أما الجانب الشخصي فتطبق عليه قاعدة أخرى هي : « الامور بمقاصدها » الثابتة بالحديث الشريف « انما الاعمال بالنيات » وسيأتي ذلك في بحث نظرية الباعث .

(٣) القواعد ج ١ ص ٨٣ .

(٤) انظر دليل قاعدة « ارتكاب أخف الضررين » من القرآن الكريم في تفسير قوله تعالى « يسألونك عن الشهر الحرام فقال فيه » الآية « تفسير القرآن للشيخ محمود شلتوت ص ٥٦٤ .

وبلاحظ أن محل القاعدة ما اذا كانت المفسدة راجحة ، وكان ذلك في غير ضرورة .

واستشهد ابن القيم على هذه القاعدة ، بقضاء النبي ﷺ على سمرة بن جندب بقلع نخلته من بستان الانصاري ؛ إذ شك هذا الأخير للرسول ﷺ تأذيه وأهله من دخول سمرة بستانه دون استئذان ، أعني قاعدة « دفع أعظم الضررين » ويرد على من عمل بمقتضى القياس « لا يحل مال امرئ إلا بطيب من نفسه ، بقوله » وصاحب القياس الفاسد يقول : « لا يجب عليه أن يبيع شجرته ، ولا يتبرع بها ، ولا يجوز لصاحب الارض أن يقلعها ؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ، وإجبار على المعاوضة عليه ، وصاحب الشرع اوجب عليه اذا لم يتبرع بها أن يقلعها ؛ لما في ذلك من مصلحة صاحب الارض بخلاصة من تأذيه بدخول صاحب الشجرة ، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة ، وإن كان عليه في ذلك ضرر يسير ، فضرر صاحب الارض ببقائها في بستانه اعظم ؛ فان الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما ، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة ، وإن أباه من أباه .

ثم يقول : « والمقصود أن هذا دليل على وجوب البيع لحاجة المشتري ، وأين حاجة هذا ، من حاجة عموم الناس الى الطعام وغيره ؟ » أي اذا كان ذلك في تعارض الحقوق الخاصة ، فما بالك في تعارض الحق الخاص مع المصلحة العامة (١) .

ثم يقيس ابن القيم المنافع اذا احتاج الناس اليها - كمنافع الدور والطحن والخبز وغير ذلك - على المعارضة على الاعيان (٢) في هذا الحكم .

معنى هذا ، ان التعسف لا يقتصر على استعمال حق الملكية التي موضوعها

(١) هذا القول يؤكد ما ذكرنا من أن قاعدة « يدفع اعظم الضررين » قاعدة اساسية يتفرع عنها قاعدة « الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام » وهاتان القاعدتان تعتبران من مؤيدات نظرية العسف في معيارها المادي وهو الموازنة .

(٢) الطرق الحكيمة ص ٣١٠

عقارات أو أشياء مادية ؛ بل يشمل كذلك المنافع ، كتعسف العمال إذا تغالوا في الاجور ، واشتدت حاجة الناس الى منافعهم ، وكذلك أبواب المهن والصناعات ، وكل من يؤدي الى الناس منفعة تشتد حاجة الناس اليها ، تنسحب عليها قاعدة « يدفع أعظم الضررين بتحمل أيسرهما » . درءاً للتعسف . وهذا نظر فقهي سليم .

والخلاصة : أن المقصود بالمصلحة التي شرع من أجلها الحق ، تلك التي تتسق — بالإضافة الى استنادها الى حق مشروع — مع قواعد الشريعة وروحها ، بحيث لا تتعارض مع مصلحة أخرى هي أرجح منها ، فتوخي صاحب الحق تحقيق المصلحة التي شرع الحق من أجلها — دون نظر الى اللوازم الخارجية للفعل ، وما يحكم هذه اللوازم من قواعد ، يعتبر تعسفاً ، اذا أصبحت مصلحته مرجوحة في هذه الحال ، وأوضح الأمثلة على ذلك قضية سمرة بن جندب ، — في تعارض الحقوق الخاصة — وتلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ومنع الاحتكار ، ومنع عمر (رضي الله عنه) التزوج بالكتابات في بعض الاحوال — في حالة تعارض الحق الخاص مع المصلحة العامة .



الفصل الأول

التكييف الفقهي للتعسف وتأصيله وتمييزه عن مجاوزة الحق طبيعةً وجزاءً

قبل البحث في تأصيل التعسف ، وعرض آراء الاصوليين والفقهاء فيه ، ثم إبداء الرأي الذي نراه في هذه المسألة ، نود أن نبين ماهية التعسف وطبيعته ، نميزاً له عن مجاوزة الحق ، بإبداء الفوارق القائمة بينهما من حيث الحقيقة والجزاء ، وضرب أمثلة توضح ذلك ، وهو بحث له اهميته ، من حيث أنه ينتهي بنا الى تقرير استقلال نظرية التعسف أو تبعيتها لنظرية « التعدي » في الفقه الاسلامي أو نظرية « الخطأ » مبنى المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي .

المبحث الاول

تمييز التعسف في استعمال الحق عن مجاوزة الحق ، طبيعته وجزاءً

لم يرد على لسان الاصوليين والفقهاء كلمة « إساءة » أو « تعسف » في استعمال الحق ، وإنما هو تعبير وافد لنا من فقهاء القانون المحدثين في الغرب .

فالفقهاء الفرنسيون يطلقون عليه^(١) De L'abus des droits والانكليز يطلقون عليه The abuse of rights والترجمة الحرفية لكلمة «abus» إساءة ؛ ولكن درج فقهاء القانون في الجمهورية العربية المتحدة وفي الجمهورية العربية السورية ، على استعمال كلمة « تعسف » ، وأما في لبنان فأثروا استعمال كلمة «إساءة» .

نعم ؛ ورد في بعض كتب الاصول كلمة « الاستعمال المذموم »^(٢) تعبيراً عن التعسف أو الإساءة في استعمال الحق بالمعنى الذي نقصده اليوم .

هذا ، وقد وردت كلمة « المضاربة في الحقوق » في كتاب الطرق الحكمية ، لابن قيم الجوزية ، في صدد بحثه في قضية سمرة بن جندب ، وتعسفه في استعمال حق الاستطراق في بستان الأنصاري ؛ ليصل الى نخلة التي قضى رسول الله ﷺ بقلعها ؛ دفعاً لمضارته صاحب البستان ، وهذه القضية وما ورد فيها من حكم ، تعتبر أصلاً من أصول التعسف^(٣) .

هذا ، ومن الفقهاء المعاصرين^(٤) من أطلق هذا اللفظ «المضاربة» على التعسف . على أننا نؤثر كلمة « التعسف » لدقتها في تأدية المعنى المراد ، فالتعسف تنكُّب أو انحراف عن الجادة ، وقد يكون من نتائج هذا الانحراف مضارة للغير ، كمن يقصد باستعمال حقه الاضرار بغيره ، وقد لا يكون ، كما في نكاح التحليل مثلاً؛ إذ القصد فيه رجاء المطلقة ثلاثاً الى زوجها الاول ؛ ولا مضارة فيه لأحد ؛ وإنما فيه انحراف عن الغرض الاجتماعي من الزواج ، وهو التناسل والالف والمودة اي بناء الاسرة ، فلم يشرع الزواج في الاصل للتحليل .

وأياً ما كان ، فما المقصود بالتعسف ؟ وهل ثمة فرق بينه وبين مجاوزة الحق ؟ المقصود بالتعسف : أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الاصل ، بمقتضى حق شرعي ثبت له - بعوض أو بغير عوض - او بمقتضى إباحة مأذون فيها -

(١) هو عنوان لكتاب الفقيه الفرنسي المعاصر ، جوسران سنة ١٩٠٥ ، الوسيط للدكتور السنهوري ج ١ ص ٨٣٨ .

(٢) الموافقات ج ٣ ص ٢١٩ حيث يقول في التعسف في استعمال المباح : « فلم يزل اصل المباح ، وإن كان مغموراً تحت أوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم » .

(٣) الطرق الحكمية ، لابن قيم الجوزية ، ص ٣١٠ .

(٤) الاستاذ الشيخ ابو زهرة في بحثه للتعسف في كتاب أسبوع الفقه الاسلامي ص ٢٨ .

شرعاً ، على وجهه يلحق بغيره الأضرار ، او يخالف حكمة المشروعية .
ونضرب لذلك مثلاً يوضح الفرق بين التعسف في استعمال الحق ، ومجاوزة
حدود الحق أو الاعتداء .

١ - اذا أقام مالك بناءً على أرض غيره أو زرع أرض غيره ، اعتبر
غاصباً أو معتدياً ؛ ففعله غير مشروع أصلاً ؛ لأنه لا يستند الى حق ولو كان فيه
نفع لغيره ؛ ولكن اذا بنى رجل في أرضه ضمن حدودها ، حائطاً عالياً ، فسد
على جاره منافذ الضوء والهواء ، حتى أصبح من المتعذر على جاره الانتفاع بملكه
على الوجه المعتاد ، أو بعبارة أخرى ، تعطلت بذلك المنافع المقصودة من الملك ،
وهو ما يسمى بالضرر الفاحش ، فهذا المالك يعتبر متعسفاً في استعمال ملكه ؛
لأنه وإن تصرف في حدود حقه الموضوعية ؛ لكن لزم عن هذا التصرف أضرار
بيئية بالجار . فتصرفه في الاصل مشروع ؛ لأنه يستند الى ما يمنحه حق ملكيته
من سلطات : التصرف المادي والشرعي ، والاستعمال ، والاستغلال ، ومآتى
التعسف هو ما آل اليه تصرفه من أضرار فاحشة بغيره كما ذكر .

مثال آخر :

٢ - من أوصى بما زاد على الثلث ، يعتبر مجاوزاً حدود حقه الذي منحه إياه
الشرع ، وهو التصرف في حدود الثلث ، ففعله غير مشروع في الاصل ؛ لأنه
لا يستند الى حق ، والتعسف فرع وجود الحق ؛ فهو إذن متعدي لا متعسف .
أما اذا أوصى بالثلث أو بما دونه ، وقصد بذلك مضارة الورثة مثلاً ، وقامت
الأدلة على هذا القصد ، اعتبر متعسفاً ؛ لأن أصل الفعل مشروع ؛ لاستناده الى
حق ثابت له في الشرع ؛ لحكمة قصدها الشارع من تقريره هذا الحق له ؛ ولكنه
استعمله لا بقصد تحقيق تلك الحكمة ؛ بل للأضرار بالورثة ، وهو ممنوع ؛ إذ
« لا ضرر ولا ضرار في الاسلام » .

لا يقال إن ثمة تناقضاً بين وصف الفعل بكونه مشروعاً في الاصل ، ثم

وصفه بأنه متعسف فيه . لانا نقول ، الجهة منفكة ، فلا يلزم التناقض المزعوم ؛
إذ المشروعية منصبة على ذات الفعل ، والتعسف منصب على كيفية استعماله ،
لما بالنظر الى الباعث عليه أو مآله ؛ وعلى ذلك لا يلزم التناقض أو التضاد (١) ؛
لتعدد الجهة .

وفي هذا رد على الفقيه الفرنسي « بلانيول » الذي انتقد النظرية من هذا
الوجه (٢) بقوله : « إن العمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت معاً متفقاً مع
القانون ، ومخالفاً له » ففي الوصية انصبت المشروعية على أصل الفعل ، والمنع على
قصد الاضرار ، وفي المثال الثاني أصل التصرف في الملكية مشروع ، والمنع
إلما انصب على المآل أو النتيجة ، فاذا تعددت الجهة لا يلزم التناقض .

فاتضح الفرق بين التعسف والمجازة بما لا يدع مجالاً للباس ؛ فلا يعتبر
متعسفاً إذ من أوصى بما يزيد على الثلث ، ولو قصد الإضرار بالورثة ، كما ذهب
الى ذلك بعض الفقهاء المعاصرين في بجنه للتعسف حيث يقول : « إن الوصية
حق للمورث وله استعماله على وجه مشروع ، بأن يكون فيه بر بالورثة ، ولا
يجوز استعماله على وجه غير مشروع ، بأن يكون إضراراً بالورثة ، كأن يوصي
بأكثر من الثلث ، أو يوصي لأحد الورثة ، فالوصية مع الاضرار هي بعينها
إساءة استعمال الحق (٣) » ، لأن هذا خلط بين المجازة والتعسف ، فالوصية بقصد
الاضرار بالورثة إلما تعتبر وصية (٤) تعسفية اذا كانت في حدود الثلث ؛ لأن

(١) موافقات ج ٢ ص ٢٥٨ حيث يقول في صدد استعمال الحق على وجه يعلم
صاحبه أن أدائه الى المفسدة قطعي عادة ، مع ان له تدح في استعماله على وجه آخر :
لا يلزم عنه ذلك المخطور ، ولا تضاد في الاحكام لتعدد جهاتها .

(٢) الوسيط للدكتور السنهوري ج ١ ص ٨٣٨ ، وهذا نقد شكلي ، وسيأتي
تفصيل القول فيه .

(٣) الشيخ أحمد أبو سنه ، في محاضراته في التعسف ، في كتاب اسبوع الفقه
الاسلامي ص ٢٠ .

(٤) والوصية التعسفية نوع من التصرف في حق الملكية على نحو تعسفي ؛ لان
الموصي إلما يتصرف في خالص ملكه .

الشارع أعطى الفرد هذا الحق في هذه الحدود ، فإذا أوصى بما يزيد على الثلث ، فقد جاوز حدود الحق واعتبر متعدياً لا متعسفاً ، ذلك ؛ لأن فعله غير مشروع ابتداء ؛ لعدم استناده الى حق ، ولا تعسف مع انتفاء الحق .

وكذلك الحكم فيما اذا أوصى لوارث ، فهي وصية باطلة أصلاً على رأي الجمهور ؛ لأنه محظور على الفرد أن يوصي لوارث بالنص ، فالفعل غير مشروع لذاته ، سواء قصد الاضرار أم لم يقصد ، وباطل في جميع الاحوال^(١) .
فمن أوصى لوارث لم يستعمل حقاً أصلاً حتى يوصف بأنه متعسف بقصده الاضرار ، وإنما باشر أمراً غير مشروع أصلاً فهو مجرد متعدي لا متعسف .

أ - وحدة الوصف الشرعي لكل من التعسف والمجاوزة لاينفي اختلاف حقيقة كل منهما :

صحيح أن كلاً من مجاوزة الحق والتعسف في استعماله أمر محظور شرعاً ؛ ولكن وحدة الوصف الشرعي لا تنفي اختلاف حقيقة كل منهما .

فالتعسف يعتمد - في الاصل - وجود الحق^(٢) ، وهذا يستلزم مشروعية الفعل اللازم لاستعماله ابتداءً ؛ لأن ما تفرع عن المشروع مشروع بالضرورة ، وقد رأينا بما ضربنا من الامثلة أن الاستعمال نفسه معيب في الباعث عليه ، أو في ما يلزم عنه من نتيجة ؛ حتى إذا تجرد الفعل من الباعث غير الشرعي ؛ أو لم تترب عليه النتيجة غير المشروعة عاد الى الفعل وصفه من المشروعية ، وليس

(١) يلاحظ أن قانون الاحوال الشخصية في الجمهورية العربية المتحدة ، قد اخذ بمواز الوصية لوارث ، مغالفاً بذلك رأي أئمة المذاهب الاربعة ، أخذوا برأي في مذهب الشيعة . انظر المادة ٣٧ من قانون الاحوال الشخصية : « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير اجازة الورثة . » وبناء على حكم القانون الذي أعطى الحق للوصي في الايصاء للوارث ، يتصور التعسف في هذا الحق ، بأن يقصد بالوصية الاضرار بباقي الورثة .

(٢) نقصد بالحق معناه العام ، أي ما يشمل الاباحة .

كذلك الفعل في مجاوزة الحق أو الاعتداء ، فهو غير مشروع لعيب في ذاته ؛ لعدم استناده الى حق ، اي محذور على كل حال الاحال الضرورة ، أو حال إباحته بسبب شرعي آخر من الاسباب المبيحة للمجاوزة .

وايضاً لا يمنع احد من استعمال حقه الا إذا قصد الاضرار بغيره ، أو قصد تحقيق مصالح غير مشروعة ، اما المجاوز لحدود الحق ، فانه يمنع ولو قصد إحداث نفع ، كمن زرع ارض غيره أو بنى فيها أو غرس بدون اذنه ، كما قدمنا . على أن استعمال الحق يصبح غير مشروع اذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير ، ولو كان دون قصد ، اي لا يمنع الا لهذا القدر من الضرر ، أما المجاوز لحدود الحق ، فانه يمنع مهما كان نوع الضرر أو قدره . وهذه فوارق حاسمة بين طبيعة كل من التعسف والمجاوزة .

ب - التفوق من حيث الجزاء :

مجاوزة الحق اعتداء وظلم ، ويترتب عليه جزاءان : دنيوي وأخروي ، كما اذا صجبه قصد ايقاع الضرر ، ووقع الضرر فعلاً ، مهما كان قدره . والجزاء الدنيوي يكون بإزالة آثار التعدي عيناً إن أمكن ، والتعويض على المضرور ما لحقه من ضرر ؛ أو كليهما معاً حسب الأحوال ، وقطع سبب الضرر ؛ حتى لا يستمر وقوعه مستقبلاً .

أما الأخروي - وهو الاثم والعقاب - فجزاء قصد الاضرار . وقد يكون الجزاء أخروياً فقط اذا وقع الاعتداء خطأ دون قصد . أما التعسف في التصرفات القولية ، فاذا كان نتيجة لباعث غير مشروع ؛ لتحقيق مصلحة غير مشروعة ، كأن يهب أمواله - صورياً - قرب نهاية الحول ؛ لاسقاط الزكاة مثلاً ، فثمة جزاءان : دنيوي ، بإبطال التصرف ، وأخروي وهو الاثم ، وهذا هو الدور الوقائي للنظرية .

وأما التعسف في التصرفات الفعلية اذا كان نتيجة لقصد الاضرار ، ووقع

الضرر فعلاً ، ازيل الضرر بالتعويض ؛ لان الواقع لا يرفع ، وقطع سببه ؛ منعاً لاستمراره في المستقبل .

وأخروي فقط ، إذا قصد الاضرار ولم يقع الضرر فعلاً .
أو بعبارة أخرى ، إذا كان التعسف بالنظر الى مآل التصرف الفعلي ونتيجته ، دون قصد الى ذلك المآل الممنوع ، فالجزاء دنيوي فقط ، يمنع مباشرة سببه ، وبازالة آثار الضرر عيناً أو تعويضاً حسب الاحوال ، سواء أكان الاستعمال معتاداً أم غير معتاد . وعلى هذا ، فالجزاء الدنيوي في التصرفات القولية يكون بابطال التصرف . اما في التصرفات الفعلية ، فمن المحال ازالة الضرر عيناً ؛ لان الواقع لا يمكن رفعه ، ولكن يمنع استمراره في المستقبل ، بقطع سببه ؛ والتعويض عما وقع ، كما في استعمال المالك عقاره على نحو يضر بغيره ضرراً فاحشاً .
وسياتي بحث ذلك في جزاء التعسف .

نصویر التعسف عند الاصوليين ، كما يستنتج من أدلة تحريره :

يفهم من كلام الاصوليين ، أن التعسف عبارة عن « تحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحق لاجله ^(١) » .

يقول الامام الشاطبي في استعمال الحق بقصد المضارة ، إنه محرم ، بدليل قوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا اصلاحاً . »

ثم يوضح وجه التعسف الذي انزلت الآية الكريمة لمنعه فيقول : ان الطلاق كان في أول الاسلام الى غير عدد ، فكان الرجل يرتجع المرأة قبل أن تنقضي عدتها ، ثم يطلقها ، ثم يرتجعها كذلك قصداً ، فنزلت « الطلاق مرتان ^(٢) » .

ونزل مع ذلك : « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً » الآية .
فيمن كان يضار المرأة حتى تقتدي منه ، وهذه كلها « حيل على بلوغ غرض لم

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٨٢ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق .

يُشرع الحكم لاجله «^(١)» وكذلك قوله تعالى : « ولا تعضلوهن لتذهبن ببعض ما آتينكموهن » حيث حرم العضل وهو المنع من الزواج ، او التضيق على الزوجة ، حتى يحملها على المخالعة القسرية ، فتتنازل عن صداقها كله أو بعضه ، إلى غير ذلك من الآيات التي جاءت بأحكام تعتبر أصلاً ثابتاً في القرآن الكريم ؛ لتحريم التعسف الذي قوامه التحايل ، أو الانحراف بالحق عما شرع له من حكمة أو مصلحة ، كما يقول الامام الشاطبي ؛ لتحقيق غرض آخر غير مشروع .

على أن هذا المعنى « للتعسف » يمثل جانباً هاماً منه ، أعني الجانب الذاتي ، إلا أنه يقصر عن استيعاب حالة أخرى للتعسف ، وهي تمثل الجانب المادي ، وذلك فيما إذا أدى استعمال الحق إلى اضرار لاحقة بالمصلحة العامة ، أو اضرار فاحشة لاحقة بالجار دون قصد ، إلا أن يُقال أن الحقوق لم تُشرع لتكون وسائل تفضي إلى مثل هذه الاضرار والمفاسد الراجعة ، فينطبق على هذه الحالة حينئذ معيار استعمال الحق في غير ما شرع له بهذا التأويل ؛ لأن ما غلبت فيه المفسدة لا يُشرع .

ولا شك أن التحايل على بلوغ غرض لم يُشرع الحكم لاجله ، أو استعمال الحق في غير ما شرع له ، مناقضة للشارع ، ومناقضة الشرع باطله ، فما أدى إليها باطل . وهذا ما يفيد قول الإمام الشاطبي :

« لما ثبت أن الاحكام شرعت لمصالح العباد ، كانت الاعمال معتبرة بذلك ؛ لأنه مقصود الشارع منها ، كما تبين ، فاذا كان الامر في ظاهره وباطنه^(٢) على أصل المشروعية ، فلا إشكال ، وإن كان الظاهر موافقاً ، والمصلحة مخالفة ، فالفعل

(١) يقرب هذا التصوير لطبيعة التعسف ، من تعريف ، جورمان ، للتعسف حيث يقول :

« هو التحايل على الوظيفة الاجتماعية للحق » روح الحقوق ونسبيتها ، نبذة (٢٩١) وما بعدها ، ويميز التعسف بانعدام الدافع المشروع .

L'abus du droit se caractérise par L'absence de motif légitime .

(٢) يقصد بالباطن : الباعث أو القصد .

غير صحيح وغير مشروع ؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة^(١) لأنفسها ؛ وإنما قصد بها أمور أخرى هي معانيها ، وهي المصالح التي شرعت لأجلها ، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع ، فليس على وضع المشروعات ، وهذا هو التعسف بعينه .

ويصور الإمام الشاطبي في هذا النص ، أبرز وجوه التعسف ، وهو ما كان فيه الباعث غير مشروع ، أو ما توافر فيه نية الإضرار ، وهو ما يعبر عنه الإمام الشاطبي « بالباطن » المخالف .

ويستفاد من النص أمور على غاية من الأهمية :

أولاً - إن الحقوق والاباحات وما تخوله من أفعال مشروعة لمباشرتها ، ليست إلا وسائل لتحقيق المصالح التي شرعت من أجلها .

ثانياً - أن مشروعية استعمال الحق أو الاباحة مرتبطة بالمصلحة التي شرع من أجلها ، أي بغاية الحق ، وعدم المشروعية مرتبط بالانحراف عنها أو اعتسافها .

ثالثاً - نظرية التعسف كما يبدو - مرتبطة بغاية الحق لا بمحدوده الموضوعية .

رابعاً - إن ظاهر الفعل^(٢) الموافق للشرع لا يعصمه من أن يصبح غير مشروع ، إذا كان القصد أو الباعث غير مشروع . فليست العبرة لهذا الظاهر المشروع ؛ بل لا بد من موافقة الشرع ظاهراً وباطناً .

(١) هذا دليل بيّن على نفي أن تكون الحقوق غايات بذاتها ، كما ذهب إلى ذلك الفردينيون ؛ وعليه فلا يمكن تصوير التعسف فيه ، لأن للفرد - على هذا النظر - أن يتصرف فيه وفق رغبته ، أو كما يلي عليه هواء . أما الشريعة الإسلامية فلم تشرع الحقوق وما تستلزم من أعمال كغايات ، حتى يكون صاحبها مطلق التصرف فيها ؛ بل شرعت كوسائل ؛ لتحقيق مصالح ، ووضعت الحقوق في يد الفرد لهذا الغرض ، وبذلك أصبح كل حق في الشرع مقيداً بغايته ، والانحراف عن هذه الغاية هو التعسف بعينه ، فنظرية التعسف تبدأ من اعتبار الحقوق مجرد وسائل .

(٢) أي صورته وهيبته الشرعية من الأركان والشروط فيما يتعلق بالتصرفات القولية ، أو كان يستند إلى حق شرعي ثابت ، كما في استعمال حق الملكية مثلاً ، أو إلى إباحة ، كما في تلقي السلع .

خامساً - كنتيجة لذلك كله، أنه ينبغي أن يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع ، وهذا ما قرره الإمام الشاطبي في مواضع كثيرة ، حيث يقول : « قصد الشارع من المكلف ان يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع »^(١) .

ويقول في موضع آخر^(٢) : « كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ؛ فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل »

« أما ان العمل المناقض باطل فظاهر ، فإن المشروعات إنما وضعت لتحقيق المصالح ، ودرء المفاسد ، فاذا خولفت لم يكن في تلك الافعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة »^(٣) . اهـ .

ويقصد بالعمل هنا ما كان فعلاً ايجابياً او سلبياً كالترك^(٤) .

وعلى ذلك ، يمكن تعريف التعسف بأنه : « مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الاصل » .

وعندي ، أن أعمال القصد أو الباعث في التصرفات المشروعة في الاصل هو الذي يتفق وروح الشريعة ؛ ولذا انعقد اجماع الفقهاء على أن مناقضة قصد الشرع عيناً باطلة ، فما يؤدي إليها باطل . وهذه قضية لا ينازع فيها أحد من أهل العلم ، غير أن الخلاف في أمر آخر يتعلق بالمنهج أو الاسلوب الذي اتخذه كل امام من أئمة الفقه في اثبات هذا القصد المناقض لقصد الشارع ، فالحنابلة والمالكية

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٣١ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٣٣ .

(٣) الموافقات ج ٢ ص ٣٣١ .

(٤) المرجع السابق ، وفي هذا اعتبار واضح للباعث وتأثيره في التصرفات والمعاملات عملاً بالحديث « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى » والامام الشاطبي الاصولي المحقق يمثل تطوراً واضحاً في الفقه المالكي ، لاسيما فيما يتعلق بفكرة الباعث واعمالها في التصرفات .

اعتمدوا القرائن وظروف الحال التي تدل على النية والقصد ، وأما الإمام الشافعي فاعتمد الارادة الظاهرة التي تفصح عنها العبارة كتابة أو قولاً^(١) في صلب العقد ؛ لأن النوايا والقصود أمور نفسية داخلية يعسر الوقوف عليها من جهة ، وقد يتغير القصد بين حين وآخر من جهة أخرى ، أضف الى ذلك ما يترتب على البحث عن النوايا واستقصائها من بلبلة القضاء ، وترعزع الثقة به ، وعدم استقرار المعاملات^(٢) .

المبحث الثاني

التكليف الفقهي للتعسف في استعمال الحق وتأصيله عند الأصوليين وفقهاء

يذهب بعض الأصوليين - كالإمام لشاطبي في موافقاته^(٣) - الى ان التعسف في استعمال الحق من باب « التعدي بطريق التسبب » يظهر ذلك من تأصيله للمسئولية في التعسف ، وأن مبناها « التعدي » ويظهر كذلك من تفصيله لحالات الضرر الذي يترتب على استعمال الحق .

فقد فرض في الحالة الاولى ، استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير ، أي لمجرد هذا القصد ، وبين الحكم فيها ، وأنه المنع ، مع الاشارة الى أساس الحق ؛ عملاً بقوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار في الاسلام » وهذه المسألة بيّنة لا إشكال فيها

(١) سيأتي تفصيل ذلك في قاعدة « الامور بمقاصدها » ، أو نظرية الباعث ، كمؤيد للنظرية .

(٢) ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها .

ثم فرض صورة أخرى يقصد فيها العامل الى نفع نفسه ، والى ضرر غيره معاً ، وليس في القضية نفع عام ، ولا فساد عام ، فقال في هاتين الصورتين : « فلا إشكال في منع القصد الى الاضرار من حيث هو إضرار ؛ لثبوت الدليل على أن «لا ضرر ولا ضرار في الاسلام» ؛ لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس وقصد إضرار الغير ، هل يمنع منه فيصير غير مأذون فيه ؟ ام يبقى على حكمه الاصيلي من الإذن ، ويكون عليه اثم ما قصد ؟ هذا مما يتصور فيه الخلاف على الجملة ، وهو جارٍ على مسألة الصلاة في الدار المغصوبة ، ومع ذلك فيحتمل في الاجتهاد تفصيلاً : »

« وهو أنه إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل ، وانتقل الى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة أو درء تلك المفسدة ^(١) ، حصل له ما أراد ، أو لا ، فان كان كذلك فلا إشكال في منعه ^(٢) ؛ لأنه لم يقصد ذلك الوجه الا لأجل الاضرار ، فلينقل عنه ، ولا ضرر عليه ، كما يمنع من ذلك الفعل اذا لم يقصد غير الاضرار ، وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستضر منها الغير ، فحق الجالب أو الدافع مقدم ^(٣) ، وهو ممنوع من قصد الاضرار » أ هـ .

فهاتان الحالتان تنتظمهما نية الاضرار ، فتمثلان المعيار الذاتي للتعسف ؛ لكن الامام الشاطبي لم يبين وجه تقديم حق الجالب أو الدافع ، أي ترجيح جانب صاحب الحق في العمل رغم قصده الاضرار ، وهل يرجح في جميع الاحوال ، ام أن ذلك قاصر على حالة ما اذا تساوى نفعه مع الضرر اللاحق

(١) في هذا اشارة الى أساس الحق .

(٢) لان في هذا مظنة قصده الاضرار ، والمظنة تقوم مقام المثنة هنا ، فقصد الاضرار ومظنته بقيام القرينة على قيامها في الحكم سواء ، وعلى هذا يقال : ان نية الاضرار سواء اكانت حقيقية أم مفترضة ، بأن دلت عليها قرينة ، تؤثر في التصرف ، فتجعله غير مشروع .

(٣) اي ذو الحق .

بغيره ، ومن باب أولى اذا ترجح نفعه بالكثرة . وسيأتي بيان ذلك .
فالذي يعيننا ، ان الامام الشاطبي يمنع الفعل في حالة ما اذا كان لذي الحق
وجه آخر لتحصيل مصلحته ، ولا يلزم عن ذلك ضرر بغيره ؛ ولكنه عمد الى
تركه الى الوجه الذي يلزم عنه المضرّة ، فعلى أي أساس منع الفعل ؟ الآن
صاحب الحق يعتبر متعسفا أم متعديا ؟

يظهر ذلك من فرضه للصورة الثالثة ، وهي ما اذا استعمل حقه لا يقصد
إحداث ضرر بغيره ، غير أنه يعلم يلزومه قطعاً عادة ، أي ان لزوم الضرر مقطوع
بوقوعه في العادة ، وذو الحق يستيقن ذلك ، ولا يستنصر من ترك العمل .
يقول الامام الشاطبي في حكم هذه الحالة ومبنى المسؤولية فيها : « فله نظر ان :
نظر من حيث كونه قاصداً لما يجوز أن يقصد شرعاً ، من غير قصد إضرار بأحد ،
فهذا من هذه الجهة جائز لا محذور فيه . ونظر من حيث كونه عالماً يلزوم الضرر
مستيقن بذلك ، ولا يستنصر من منعه من استعمال حقه » ويرى الامام الشاطبي
أن حكم هذه الحالة يتروّد بين نظرين :

« نظر من حيث كونه - المستعمل لحقه - قاصداً لما يجوز أن يقصد شرعاً
من غير قصد إضرار بأحد ، فهذا من هذه الجهة جائز لا محذور فيه » .

« ونظر : من حيث كونه عالماً يلزوم مضرّة الغير لهذا العمل المقصود ،
مع عدم استضراره بتركه ؛ فانه من هذا الوجه مظنة لقصد الإضرار ؛ لانه في
فعله إما فاعل لمباح صرف لا يتعلق بفعله مقصد ضروري ولا حاجي ولا تكميلي ،
فلا قصد للشارع في إيقاعه من حيث يوقع - وإما فاعل للمأمور به على وجه يقع
فيه مضرّة ، مع إمكان فعله على وجه لا يلحق فيه مضرّة ، وليس للشارع قصد
في وقوعه على الوجه الذي يلحق به الضرر دون الآخر »

« وعلى كلا التقديرين فتوخيه لذلك الفعل على ذلك الوجه مع العلم بالمضرّة
لا بد فيه من أحد أمرين : إما تقصير في المنظر المأمور به ، وذلك ممنوع ، وإما

(مظنه)^(١) قصده الى نفس الاضرار ، وهو ممنوع أيضاً ، فيلزم ان يكون ممنوعاً من ذلك الفعل ، لكن اذا فعله فيعد متعدياً بفعله ، ويضمن ضمان المتعدي على الجملة^(٢) ، ا هـ .

وكذلك الحكم في الصورة التالية ، وهي حالة افشاء استعمال الحق الى الضرر في الغالب من الظن لاعلى سبيل القطع .

يقول الامام الشاطبي في بيان حكم هذه الحالة مع التوجيه : « أما ان الاصل الاباحة والإذن فظاهر... وأما ان الضرر والمفسدة تلحق ظناً ، فهل يجري الظن مجرى العلم ، فيمنع من الوجهين الاولين : - وهما التقصير في النظر الى المأمور به ، ومظنة قصد نفس الاضرار - أم لا ؛ لجواز تخلفها ، وان كان التخلف نادراً ؛ ولكن اعتبار الظن هو الأرجح » وأتى بالادلة على ذلك . ثم يقول : والحاصل من هذا القسم أن الظن بالمفسدة والضرر لا يقوم مقام القصد اليه ، فالأصل الجواز من الجلب - للمصلحة - أو الدفع - أي للمفسدة ، وقطع النظر عن اللوازم الخارجية^(٣) ، الا أنه لما كانت المصلحة تسبب مفسدة من باب الحيل ، او من باب التعاون ، منع من هذه الجهة لا من جهة الاصل ، فان التسبب لم يقصد مصلحة نفسه ، فان حمل يحمل التعدي فن جهة أنه مظنة للتقصير ؛ ... ولذلك وقع الخلاف فيه : هل تقوم مظنة الشيء مقام نفس القصد الى ذلك الشيء أم لا^(٤) ؟

هذا ، واذا كان التقصير في النظر المأمور به ، أو مظنة قصد الاضرار يعتبر تعدياً ، فقصد الاضرار يعتبر تعدياً من باب أولى .

(١) باضافة مظنة يستقيم الكلام ؛ اذ الفرض انه لم يقصد بالفعل ، راجع تعليق الشيخ دراز ص ٣٥٧ ج ٢ موافقات .

(٢) المرجع السابق ص ٣٥٧ و ص ٣٥٨ ج ٢ .

(٣) أي واقعات الضرر المادية التي تلزم عن الافعال المشروعة .

(٤) الموافقات ج ٢ ص ٣٦٠ / ٣٦١ .

ويستفاد من هذا ، ان عناصر « التعدي » عند الامام الشاطبي هي ماييلي :
أولاً - تمحض قصد الاضرار بالفعل ، وهو يعتبر تعدياً من الطراز الاول .
ثانياً - مظنة قصد الإضرار التي تستفاد من القرائن .

ثالثاً - الإهمال للمعنى الاجتماعي الذي أمر به الاسلام ، من قوله تعالى :
« وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » واتخاذ الاحتياطات
للحيلولة دون الاضرار بغيره ، أو بعبارة أخرى ، التقصير في إدراك الامور على
وجهها الصحيح ، وإهمال المعاني الاسلامية^(١) من قوله ﷺ « أحب لأخيك
ما تحب لنفسك » .

والخلاصة : ان الامام الشاطبي يكتف بالتعسف بأنه « تعدي » بطريق التسبب ،
ولا يلتزم في ذلك ضابط التعدي عند الأقدمين من الفقهاء^(٢) ، وهو ضابط
موضوعي ، يعتمد على أمور مادية خارجية ، من كون الفعل غير مشروع لا يستند
الى حق أصلاً ؛ فلا يشمل العناصر النفسية أو الشخصية من نية الاضرار او مظنة
ذلك ، أو التقصير أو الإهمال في اتخاذ الحيلة للحيلولة دون وقوع الضرر بغيره .
وهكذا يجعل الإمام الشاطبي معيار التعدي ذاتياً ، قوامه عناصر نفسية من
القصد الى الاضرار ، او مظنته ، أو الإهمال والتقصير ، ثم يُغفل الشرط الاول
في التعدي ، وهو الفعل غير المشروع أصلاً ؛ ليدخل بذلك التعسف في مفهوم
التعدي ، ويجعل التعسف في استعمال الحق مجرد تطبيق لمعيار التعدي ، وعلى
ذلك لا يكون ثمة نظرية للتعسف قائمة بذاتها ؛ لأن نظرية التعدي كافية في امداد
حالات التعسف بالحلول . وبذلك يقترب في هذا النظر من فكرة (الخطأ) عند فقهاء
القانون ، في اعتبارها مبنى للمسئولية التقصيرية او بعبارة أخرى يتفق مع القائلين
بأن نظرية التعسف مبناها « الخطأ التقصيري » في النظرية التقليدية للمسئولية المدنية ،

(١) انظر في هذا التفسير الى قول الامام الشاطبي « تقصير في النظر للأمور به .

بحث الشيخ أبي زهرة في التعسف » في كتاب اسبوع الفقه الاسلامي ص ٣١ .

(٢) سيأتي بيان ذلك .

أو مع القائلين بأن التعسف صورةٌ جديدةٌ من صور « الخطأ » نتيجة للتوسع في مفهوم الخطأ^(١) ؛ استجابة لتطورات الحياة الاقتصادية .

ونحن لا بد لنا من النظر في هذا التكيف لنظرية التعسف ومبنى الضمان فيها ، وهذا يقتضينا ان نتبع فكرة « التعدي بطريق التسبب » عند الفقهاء - الأقدمين والمتأخرين - لنرى هل في تطور فكرة التعدي في الفقه الاسلامي ما يسمع باستيعاب حالات التعسف ، واقامة المسؤولية بالتالي على أساسه ، أو أن تأصيل التعسف على فكرة « التعدي » بالتسبب فيه تعسف ظاهر ؛ لقصوره عن استيعاب جميع حالات التعسف ، وعلى ذلك ؛ يجب التماس أصل آخر لهذه النظرية من الفقه الاسلامي ومبادئه العامة ، بالنظر للطبيعة الخاصة التي يتميز بها التعسف ؟

النعري بالتسبب عند الفقهاء الروفرمين :

فرق الفقهاء بين نوعين من الاتلاف هما :

١ - الاتلاف مباشرة ٢ - الاتلاف تسبياً

وجعلوا الكل منها حكمه من حيث الضمان .

فحكم المباشر انه ضامن ، سواء كان متعمداً أم متعدياً ، أم لم يكن^(٢) ، أما المتسبب فلا يضمن ، الا اذا تعمّد^(٣) أو تعدى .

(١) الوسيط للدكتور السنهوري ج ٢ ص ٨٤٣ - المسؤولية المدنية - الاحكام العامة للدكتور سليمان مرقس ص ١١٥ . ومعيار الخطأ في الفقه القانوني : الاخلال بواجب قانوني مع قصد الاضرار ، أو على الاقل ، مع إمكان توقع حدوث الضرر منه ، المرجع السابق ص ٢٥ ، أو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي ، الوسيط ج ١ ص ٨٤٣ .

(٢) المادتان ٩٢ و ٩١٢ من مجلة الاحكام العدلية .

(٣) اي تعمد ايقاع الفعل الضار - شرح المجلة - محمد سعيد مراد الغزي ج ١ ص ١٤٦ : انه يشترط في ضمان المتسبب محظورية الفعل مع القصد والاختيار في ايقاعه ، وهذا هو المراد من التعمد ، في عبارة المادة راجع اعداد من ٨٨١ - ٩٤٠ من مجلة الاحكام العدلية .

يقول الامام السرخسي : « واذا حفر الرجل في سوق العامة بثراً أو بنى فيها دكاناً بغير أمر السلطان ، فهو ضامن لما عطب من شيء ؛ لانه متعد في هذا التسبب . واذا فعله بأمر السلطان لا يكون متعدياً في هذا التسبب ، فلا يكون ضامناً بمنزلة ما لو فعله بملكه ^(١) » ، اي من حيث ان امر السلطان صير اصل الفعل مشروعاً .

ويقول أيضاً : « واذا سار على دابته فيه -- في الطريق -- لم يكن ضامناً للنفحة بالرجل والذنب ؛ لأن هذا جزء من الطريق كسائر اجزاء الطريق ، فالسير فيه يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن التجرز عنه ، دون ما لا يمكن ^(٢) . ويقول ايضاً : « والمتسبب انما يكون ضامناً اذا كان متعدياً بسببه ؛ وهو في ملك نفسه لا يكون متعدياً ^(٣) .

وفي جمع الضمانات :

« المباشر ضامن وان لم يتعمد ولم يتعد ، والمتسبب لا يضمن الا أن يتعدى ، فلو حفر بثراً في ملكه فوقع فيها انسان لم يضمن ^(٤) .

ويوضح الدكتور الحمصاني تعريف التعدي : إنه « العمل بدون حق ولا جواز شرعي » .

ويقول ايضاً : « ان اشتراط التعدي لوجوب الضمان يستتبع انتفاء الضمان عند عدم التعدي ، أي في كل مرة يكون العمل فيها جائزاً شرعاً ، وذلك عملاً بالقاعدة الشرعية المعروفة : « الجواز الشرعي ينافي الضمان ^(٥) » .

وجاء في تبين الحقائق للزيلعي ، في تعليل اشتراط التعدي بالتسبب دون

(١) ويقول السرخسي والمباشر في ملكه وفي غير ملكه سواء في ايجاب الضمان المبسوط ج ٧ ص ٢٥ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٦ .

(٣) المرجع السابق ج ٧ ص ٥ .

(٤) مجمع الضمانات ص ١٤٦ .

(٥) الموجبات والعقود للدكتور صبحي الحمصاني ج ١ ص ١٧٥ و ١٨٦ .

المباشرة : « لأن المباشرة علة ، فلا يبطل حكمها بعذر ، والتسبب ليس بعلة ، فلا بد من التعدي ، ليلتحق بالعلة » (١) .

وأورد الزيلعي تطبيقاً لهذه القاعدة :

« اتخذ بئراً في ملكه أو بالوعة ، فنزّ منها حائطٌ جاره ، وطلب تحويله ، لم يجبر عليه ، وإن سقط الحائطُ منه لم يضمن ؛ لانه تصرف في خالص حقه ؛ ولأن هذا تسبب ، وبه لا يجب الضمان إلا إذا كان متعدياً » (٢) .

ما يستخلص من تعاريف الفقهاء القدامى « للتعدي » وتطبيقاتهم :

ويتبين من ذلك ، أن فقهاء الشريعة لم يشترطوا لإيجاب الضمان خطأً للفاعل بالمعنى المعروف عند فقهاء القانون ؛ بل اكتفوا بمباشرة الفعل الضار ، أو بالتعدي في حالة التسبب ، وهو في نظرم مجرد ارتكاب الفعل الضار دون حق ، بقطع النظر عن الحالة النفسية للمتسبب من نوع إهمال أو تقصير أو عدم تبصر منه .

وعلى هذا فليس كل فعل ضار محرماً أو ممنوعاً عندهم ، بل لابد - للمنع والتحریم - من أن يحصل هذا العمل تعدياً ، أي بدون حق أو جواز شرعي أصلاً ، عملاً بالقاعدة العامة « الجواز الشرعي ينافي الضمان » .

لذا ، فالضرر الناتج عن عمل مباح أو استعمال حق ، لا يوجب التعويض ولا المنع (٣) بقتضى القاعدة العامة التي سلكوها في تفرعاتهم .

على أن بعض الفقهاء جرى على اعتبار المنع من استعمال الحق اذ أفضى الى الاضرار بالغير مستثنى من القاعدة المذكورة (٤) .

ولكن ، مع التسليم بهذا ، فالبحث يدور حول مبنى هذا الاستثناء .

فبعضهم جرى على اعتبار ان القاعدة مقيدة في ذاتها ، وعلى ذلك فالجواز

(١) تبين الحقائق ج ٥ ص ١٤٧ .

(٢) ج ٦ ص ٢٥٥ .

(٣) الوجبات والعقود للدكتور المحمدي ج ١ ص ١٧٤ .

(٤) المرجع السابق ص ١٧٤ .

الشرعي المقيد^(١) ، لا ينافي الضمان ، اما الجواز الشرعي المطلق ، فهو الذي ينافي الضمان ، والشارع قد أورد قيوداً في الاباحات ، ألا ترى أن السير في الطريق مقيد بشرط السلامة ، واذا اعتبرنا القاعدة مقيدة ، فان الاستثناء منها يقل ، لأسباب اذا اعتبرنا الحق مقيداً أيضاً ، وهذا نظر شديد ؛ غير أنه لم يبين مبنى هذا الضمان ، هل هو التعدي بالمفهوم الفقهي التقليدي ؟

تطور فكرة التعدي في الفقه الاسلامي :

إن فكرة التعدي ما لبثت أن تطورت في الفقه الاسلامي ، فلم تعد تقتصر على المعيار الموضوعي ، وهو مجرد ارتكاب الفعل الخارج عن حدود الحق ؛ بل اخذت تشمل عناصر نفسية ، من عدم التبصر والاهمال ، ورأينا الامام الشاطبي أخيراً يجعلها شاملة للإساءة في استعمال الحق ، حيث يقيد سلطة ذي الحق بواجبات تفرض عليه إبان استعمال هذه السلطة من التبصر والحرص والاحتياط ؛ للحيلولة دون التسبب في ايقاع الضرر بالغير فيكون وجوب تجنب قصد الاضرار به عن طريق استعمال الحقوق والاباحات من باب أولى ؛ فكانت هذه الواجبات مدعاة للبحث عن مقدرة الفاعل على التمييز والحرص والتبصر ، وهي عوامل نفسية تقتضي تقدير التعدي تقديراً شخصياً ، بعد أن كان تقديره موضوعياً ، يقاس بمجرد الخروج عن حدود الحق ، وبذلك اقتربت فكرة التعدي في الشريعة من فكرة الخطأ التقصيري التي جعلتها القوانين الوضعية اساساً للمسئولية المدنية . وقد جاء أيضاً في الفقه الحنبلي ما يؤيد اعتبار الاهمال او التقصير في الاحتياط تعدياً .

جاء في المغنى «لا ضمان على الراعي اذا لم يتعد» ويقول صاحب المغنى في تعليل ذلك : « ولنا أنه مؤمن على حفظها ، فلم يضمن من غير تعد ، كالمودع ؛ ولأنها

(١) الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد للاستاذ مصطفى الزرقاء ج ٢ ص ٩٠ .

عين "قبضاً بحكم الأجارة"، فلم يضمنها من غير تعد، كالعين المستأجرة، فاما ماتلف بتعديه فيضمنه بلا خلاف، مثل ان ينام عن السائئة، أو يغفل عنها، أو يتركها تتباعد منه، أو تغيب عن نظره^(١) وحفظه .. مما يعد تفريطاً وتعدياً .

وجاء هذا المعنى في فقه الحنفية ايضاً^(٢).

والذي يجتكم في التفرقة بين التعدي والتعسف، عنصر هام، هو أن الفعل في الاول غير مشروع لذاته؛ لانه لا يستند الى حق أو جواز شرعي، أي أنه معيب في ذاته، في حين أن الفعل في الثاني مشروع لذاته؛ ولكنه مشوب بعيب في باعته او نتيجته، وهذا ما أوضحه الامام الشاطبي في غير موضع بصدد الانتفاع بالنعم؛ فالمكلف إذا تصرف بالنعمة على الوجه الذي قصده الشارع، فلا لوم ولا تريب، وماتى الذم ليس هو أصل النعمة؛ بل الانحراف عن الوجه المشروع الذي رسمه الشارع لاستعمالها او الانتفاع بها، اذ يقول:

« فإذا تأملت الحالة، وجدت المذموم تصرف المكلف في النعم، لأنفس النعم، إلا أنها لما كانت آلة - ذريعة - للحالة المذمومة، ذمت من تلك الجهة، وهو القصد الثاني » .

ثم يوضح أن الذم انما جاء من سوء استعمال الحق او الاباحة، لا من أصل الفعل بقوله: « فلم يزل اصل المباح، وان كان مغموراً تحت اوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم^(٣) » .

وبين الامام الشاطبي أن اساءة استعمال الحق من كفران النعمة، وان النعمة اذا جرت في التكليف بحسب المشروع، فذلك هو الشكر الذي انزلت الشريعة لبيان وجهه^(٤) .

(١) المفتى ج ٥ ص ٤٩٦ .

(٢) تبين الحقائق ج ٥ ص ١٤٧ .

(٣) الموافقات ج ٣ ص ٨٣ و ٢١٩ .

(٤) المرجع السابق .

ثم يأتي بالادلة على ذلك من الكتاب الكريم ، والسنة المطهرة ، وبعث الشيخ عبد الله دراز على الحديث « لا يأتي الخير الا بالخير » اي اذا سار في طريقه واستعمله في حدوده ، فاذا انحرف به عن حده ، جر الى المفساد ؛ ولكن ليس هذا من طبيعة الخير ، وإنما هو بما دخل عليه ، أي من اساءة الاستعمال .
فالذي نحصل من هذا ، ان اصل الفعل^(١) في التعسف مشروع - كما قدمنا -
لانه يستند الى حق ، وان الانحراف عن قصد الشارع ، انما كان في كيفية استعماله ، وهو مأتى الأساءة ، وليس كذلك الفعل في التعدي ، فانه غير مشروع أصلاً وهذا كاف في فرض التمييز والفرقة بينها .

هذا من حيث الاصل والطبيعة ، وثمة فرق من حيث الضوابط التي يخضع لها الفعل المتعسف فيه .

وذلك ، أن الفعل في التعدي بما هو غير مشروع لذاته ، يضمن مرتكبه كل مالحق بغيره من ضرر بسببه ، كثيراً كان الضرر أم قليلاً ، بينما لا يضمن المتعسف في بعض الحالات الا اذا كان الضرر على قدر معين من الجماعة ، كالمالك الذي يلحق بجاره ضرراً من جراء استعماله للملكه ، يشترط ان يكون الضرر فاحشاً حتى يعتبر المالك متعسفاً .

فصول ضابط التعدي من استبعاد حالات التعسف :

بيننا ان التعدي بطريق التسبب - كما درج عليه الفقهاء القدامى - يعتمد فعلاً غير مشروع لذاته ، وهذا يستتبع ان الفعل اذا كان ضمن حدود الحق وتسبب عنه ضرر للغير لا يمنع منه ، وبالتالي لا يسأل عنه صاحبه ولا يضمن ؛ لانه تصرف في حدود حقه ، هذا هو الاصل في فكرة التعدي عن طريق التسبب ، ورأينا ان هذا المعنى قد تطور عند المتأخرين فأقاموه على عناصر نفسية من قصد الاضرار ، او التقصير والاهمال ، اي بعد ان كان معيار التعدي

(١) سواء أكان الفعل مباحاً أم واجباً - انظر هامش ص ٢١٦ ج ٣ الموافقات .

موضوعياً أصبح ذاتياً شخصياً قائماً على عنصر « الإرادة » فلو صرفنا النظر عن اشتراط كون الفعل في التعدي غير مشروع لذاته ، وأخذنا بالمعيار الاخير ، لوجدناه قاصراً عن استيعاب جميع حالات التعسف ؛ لانه ضيق من نطاق النظرية . وبيان ذلك ، ان الامام الشاطبي قد بحث حالات من التعسف نشأت بعزل عن الإرادة ، اي لم يتوافر فيها قصد الاضرار أو التقصير والاهمال ، حتى ولا مظهره ، ورد الحكم فيها الى قاعدة سد الذريعة التي تحفل بالواقع المادي ، ولو كانت نية المسكف حسنة . وفي هذه الصورة من التعسف لا يستقيم فيها تطبيق معيار التعدي الموضوعي عند القدامى ، أعني الفعل الذي يجاوز حدود الحق ، كما لا يستقيم تطبيق معيار التعدي بهذا المعنى الاخير عند الامام الشاطبي وغيره ، القائم على عناصر نفسية ، ذلك ؛ لأن هذه الحالة من التعسف تعتمد معياراً موضوعياً آخر ، هو الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من نفع ، وما يترتب على فعله من مفسدة ، فاذا كانت هذه الاخيرة راجحة منفع ، والإفلا ، ولا ينظر في ذلك الى نية المسكف أو اهماله ؛ بل الى هذا الواقع المادي في حد ذاته ، او ان شئت قلت ، المسؤولية المادية التي تعتمد ضابطاً موضوعياً قوامه الموازنة بين النفع وما يلزم عنه من ضرر ومفسدة ، وان التعسف يتحقق كلما اختل هذا التوازن ، ورجح الضرر ، ولنضرب لذلك أمثلة .

الاول - استعمال الحق الشخصي اذا لزم عنه ضرر عام .

يقول الامام الشاطبي في هذه الحال : « والثاني : ان لا يقصد إضراراً بأحد ، وهو قسبان : احدهما ^(١) ان يكون الإضرار عاماً ، كتلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ، والامتناع من بيع داره أو فدانه ، وقد اضطر اليه الناس لمسجد جامع أو غيره » .

ويقول في هذه الحالة الاخيرة : « وان امكن ان يجار الاضرار ورفع جملة ، فاعتبار الضرر اولى ، فيمنع الجالب أو الدافع بما هم به ؛ لأن المصالح العامة

مقدمة على المصالح الخاصة، بدليل النهي عن تلقي السلع وعن بيع الحاضر للبادي، و اتفاق المسلمين على تضمين الصانع مع ان الاصل فيهم الامانة .. الخ .. (١) . وهذا صريح في أن التعسف لا يقوم على عنصر نفسي ؛ لأن الفرض في هذا القسم ، أنه لا يقصد اضراراً بأحد ، كما مرّ ، ومتلقي السلع ، قد لا يقصد الاضرار بالعامّة ، كما هو الفرض ؛ بل لعله يقصد القيام بواجب السعي ابتغاء طلب الرزق لعياله ، وهو من المقاصد الحاجية اذا كان يتربّ على تركه وقوع اسرته واولاده في عسر ومشقة .

الثاني - في مضارّ الجوار . فقد تكون الاضرار الفاحشة التي تلحق بالجوار نتيجة لاستعمال مشروع^(٢) وعادي لحق الملكية ، كما في اقامة مصنع يؤثر بضوضائه ، ودخان الكثيف على حي سكني راق ، فيصيبه باضرار بينة في راحتهم وصحتهم ، او يعطل عليهم انتفاعهم باملاكهم على الوجه المعتاد ، ولو كان انشاء المصنع سابقاً على وجود الحي على الاصح .

والحكم الفاصل في ذلك ، أي فيمن يجب ان يتحمل الاضرار - صاحب المصنع أو اهل الحي - يعتمد على الموازنة بين النفع والضرر ، فتدخل في ذلك الاعتبارات الاقتصادية ، ويتخذ درء التعسف حينئذ صورة ترجيح مصلحة على اخرى ، دون نظر الى العناصر النفسية على الاطلاق . وهذا النظر يقتضي ان تبحث حالات مضار الجوار - كل على حدة ، ويكون الحكم في كل منها ، على ضوء النتائج المادية اللازمة عن استعمال الحق ، والموازنة بينها ، فما غلبت المصلحة فيه شرع ، وما غلبت فيه المفسدة منع ، فالتعسف في استعمال حق الملكية بما ينشأ عنه من مضار الجوار ، لا يقوم على المعيار الذاتي او الشخصي ؛ بل على المعيار المادي المحض .

وقد اكد هذا النظر بعض الكتّاب المحدثين ، فسمي هذا المعيار «بالنظرية

(١) المرجع السابق .

(٢) جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٧ .

المادية لسوء استعمال الحق ، والواقع ان هذا معيار واحد من معايير النظرية ، وليس هو نظرية قائمة بذاتها .

وفي الواقع ، أن هذا المعيار أوحى به الاصل الذي قامت عليه الشريعة ، من جلب المصالح ودرء المفاسد ، وما تفرع عنه من المقررات الشرعية من مثل : «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح» وهذا الاصل العام يؤيد نظرية التعسف ؛ اذ يقيم جانباً منها على معيار الموازنة . ولعل هذا الاصل هو الذي حدا بفقهاء الحنفية الى القول بنظرية الاستحسان ، لما فيها من النظر في المآل ، كما حمل المالكية والحنابلة الى القول بقاعدة «سد الذرائع» وكما دفع الامام مالك الى الأخذ بمبدأ المصالح المرسلة ، ومبدأ مراعاة الخلاف ، والامام الغزالي الى القول بالاستصلاح .

الثالث - قد ذكر الامام الشاطبي في حالة استعمال الحق اذا ترتب عليه ضرر خاص غير مقصود ؛ ولكن يكثر وقوعه بسبب هذا الاستعمال ، ولا يغلب على الظن ، فان مالكا يمنعه ؛ إمعاناً منه في الاحتياط لدرء المفاسد ، في حين أنه لم يعم دليل على العلم بلزوم هذا الضرر ، ولا على الظن الغالب ؛ حتى يعتبر العلم أو الظن مظنة لقصد الاضرار ، كما لم يعم دليل على تقصيره أو إهماله بداهة ؛ ولذلك لم يأخذ بالمنع الشافعية والحنفية .

ويوجه الامام الشاطبي قول مالك بالمنع ، بأنه من باب الاحتياط وسد الذريعة ، ولنستمع الى الامام الشاطبي في تقرير ذلك :

« وأما الثامن : وهو ما يكون أداؤه الى المفسدة كثيراً ، لا غالباً ، ولا نادراً ، فهو موضع نظر والتباس ، والاصل فيه الحمل على الاصل من صحة الاذن ، كمذهب الشافعي وغيره ؛ ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفیان ؛ إذ ليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر ، واحتمال القصد للمفسدة والاضرار لا يقوم مقام نفس القصد ، ولا يقتضيه ؛ لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة » .

« وأيضاً فإنه لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصراً ولا قاصداً ، كما في العلم والظن ؛ لأنه ليس حملاً على القصد اليها أولى من حملة على عدم القصد لواحد منها ، وإذا كان كذلك ، فالتسبب المأذون فيه قوي جداً ، إلا إن مالكا اعتبره في سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعاً ... الخ . »

ولكن هذا التعليل غير واضح ، ولا يدفع حجة الأولين - كما يقول المعلق^(١) ، ولا يعدو أن يكون احتمالاً لا يبلع علماً ولا ظناً .

والواقع ، أن عدم وضوح آت من تأصيله على فكرة التعدي ، أما لو أقيم على ضابط آخر من الموازنة للنتائج الواقعية ، لكان أبين .

هذا ، وقد التفت الاستاذ الشيخ أبو زهرة الى هذا المعيار المادي للتعسف الذي لا علاقة له بمفهوم التعدي قديمه وحديثه ، حيث يقول في هذه الحالة : « ما يكون ترتب المفسدة على الفعل كثيراً ؛ ولكن لا يبلغ درجة الغالب الرجوع ، فيرجح جانب المفسدة على جانب أصل الاذنب في الفعل ، كالبيع بالأجل الذي قد يؤدي الى الربا كثيراً ، وإن لم يكن غالباً ... الخ . »

ثم يبين أن وجهة نظر الامام مالك تقوم على اعتبارات ثلاثة : أولها - أنه ينظر الى الواقع لا الى المقاصد ، وقد وجد أن المفاصد المترتبة على الفعل كثيرة ، وإن كانت قابلة للتخلف ، فكانت المفسدة قريبة الوقوع ، ويجب ملاحظتها والاحتياط لها^(٢) عند العمل : . الخ ... ويكفي هذا الاعتبار لإقامة الدليل على أن التعسف يقوم على غير ضابط التعدي .

الرابع - ان التعسف مبني على قاعدة سد الذرائع ، وهي قاعدة تقوم على النظر في مآلات الافعال ، أما النظر الى النية او الإهمال او التقصير فأمر ثانوي .

ويقول الاستاذ الشيخ أبو زهرة في هذا الصدد : « إن أصل سد الذرائع لا تعتبر

(١) كتاب مالك للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ص ٤١٢ .

النية فيه على أنها الامر الجوهري في الاذن او المنع ، انما النظر فيه الى النتائج والثمرات ؛ فان كانت نتيجة العمل مصلحة عامة كان واجباً بوجوبها ، وان كان يؤدي الى فساد ، فهو ممنوع بمنعه ؛ لأن الفساد ممنوع ، فما يؤدي إليه ممنوع أيضاً ، والمصلحة مطلوبة ، فما يؤدي اليها مطلوب ، والنظر في هذا الاصل ينتهي بنا الى أنه ثبت لتحقيق الاصل السابق ، وهو جلب المصالح ودفع المفسد ما أمكن الدفع والجلب ؛ فانه لما كان مقصود الشريعة اقامة مصالح الدنيا على طريق تحكم فيه بحكم الدين المسيطر على الوجدان والضمير ، ودفع الفساد ، ومنع الاذى حيثما كان ؛ فكل ما يؤدي الى ذلك من الذرائع والاسباب يكون له حكم ذلك المقصد الاصيل ، وهو الطلب للمصلحة والمنع للفساد والاذى^(١) .

وهذا النظر - كما ترى - يجعل تكييف الفعل المأذون فيه في الاصل رهناً بآل التصرف من المصلحة أو المفسدة الراجعة ، اي ان المعيار الموضوعي يتخذ من ثمة العمل أساساً للحكم على الفعل ببقاء المشروعية أو سلبها عنه ، الامر الذي يتعارض مع اعتبار مبنى التعسف قائماً على التعدي بطريق التسبب بالمعيار الشخصي أو الذاتي ، فضلاً عن الموضوعي ، وهو الخروج عن حدود الحق .

الخامس - قد يكون في استعمال الحق انحراف عن المصلحة التي قرر من أجلها الحق دون أن ينبجم عن ذلك ضرر بأحد ، كسكاح التحليل مثلاً ، عند القائلين بمنعه وتحريمه ؛ لانه لم يقصد به تحقيق الحكمة التي من أجلها شرع النكاح من التناسل والتوالد والمودة ؛ بل اتخذ ذريعة لتحليل المطلقة ثلاثاً الى زوجها الاول^(٢) ، فكيف يطبق معيار التعدي بطريق التسبب هنا ، مع أن التعسف فيه ظاهر ؟!

هذا ، وسنبين رأينا في تأصيل التعسف وتكييفه بعد عرض آراء الفقهاء المعاصرين في هذه المسألة .

(١) كتاب مالك ص ٤١٠ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ١٥٧ .

المبحث الثالث

التكليف الفقهي للتعسف وتأصيله عند بعض الفقهاء المعاصرين

ذهب بعض الكاتين من الفقهاء المعاصرين الى أن التعسف من باب التعدي بطريق التنب (١) .

يقول الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة: « وأنه بسبب منع التعسف في استعمال الحق ، ومنع التعدي على الآحاد، قرر الفقهاء في هذه الحال ، أن الفعل يتوارد عليه أمران : أحدهما بالاذن ، وهو ما يقوم على أصل ثبوت الحق ... الخ . وهكذا يصف فضيلته التعدي تارة بأنه تعسف ، وطوراً بأنه تجاوز (٢) ، وأحياناً يصف للفعل غير المشروع أصلاً بأنه تعسف ، حيث يقول : ومن تعدى بالقيام بعمل ليس له ؛ فإنه يكون متعسفاً في استعمال الحق (٣) ، وظاهر أن مثل هذا العمل لا يستند الى حق أصلاً ، فهو مجرد تعدٍ ، إذ التعسف إنما يكون في دائرة عمل مشروع في الأصل ، كما هو معلوم .

(١) انظر بحث الاستاذ الشيخ أبي زهرة في « التعسف » في اسبوع الفقه الاسلامي وخاصة ص ٣٩ و ٤٠ و ٤١ و ٧٥ ويعبر أحياناً بالتعدي عن التعسف ، فيقول في التعسف السلبي « بعد الممتنع متعدياً » ويعبر عن التعسف أحياناً بالتجاوز ، والتجاوز ليس من التعسف في شيء ، انظر ص ٤٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٢ .

(٣) المرجع السابق ص ٨٦ .

ويصرح بعضهم^(١) بأن التعسف من باب التعدي بطريق التسبب، اذ يقول: « عرفنا أن أنواع التعسف اربعة ، وأن الثلاثة الاولى منها مبنية على قاعدة سد الذرائع التي تقول : إن المشروع إذا أدى إلى محذور كان محظوراً ، والمباح إذا أدى الى حرام كان حراماً ... » .

« وبناء عليه يكون المتعسف في استعمال الحق قد تسبب في أمر محذور متعدياً بطريق التسبب ؛ لتقصيره عند استعمال حقه ، بقصد الضرر ، أو بالسعي في حصول مفساد غالبية ، أو في تحقيق اغراض غير مشروعة ، فيكون مسؤولاً عن هذا التقصير^(٢) » .

قبل مناقشة العلماء في هذا التكييف ، نود ان نوضح بعض امور تمهيدية ليتبين الفرق بين التعدي والتعسف ، ومشكلة هذا التكييف تنشأ عن أن التعدي ما معياره وضابطه ؟ وهل يقصر « التعدي » عن ان يشمل حالات التعسف جميعها ؟ فيبقى التسبب المطلق هو منشؤه ، وإذا ثبت قصوره فعلى أي أصل تُبنى المسؤولية في التعسف ، إن في الدافع ابتداءً ، أو في وقوع الضرر عينا ، أو التعويض ؟

لابد للإجابة على ذلك من اجراء المقارنة بين التعسف والتعدي بطريق التسبب .

إن من أول العناصر المكونة للتعدي هو مجاوزة الحق ، أو القيام بعمل لا يستند الى جواز شرعي ، أي بدون حق . فالمتعدي إنما يعمل في دائرة عدم المشروعية ، كما قدمنا .

أما التعسف ، فان مجاله العمل المشروع في ذاته ، والعيب مأثاه إما من القصد المناقض لقصد الشارع ، أو النتيجة المادية المترتبة على استعمال الحق ، بدليل ان المتعسف لو عاود الفعل ذاته غير مشوب بعيب قصد الاضرار ، أو لم

(١) الاستاذ الشيخ أحمد أبو سنه ، اسبوع الفقه الاسلامي ص ١١٩ .

(٢) المرجع السابق ص ١١٩ .

يلزم عنه نتيجة هي مفسدة راجحة ، لزال عنه وصف التعسف ، وغداً فعله
سليماً مشروعاً لا غبار عليه .

أما التعدي ، فالفعل غير مشروع في ذاته .

ويتجه على هذا النظر أمور :

أولاً - إن قيام الفرد بعمل لم يُشرع له أصلاً ، هو مجرد تعدي وتجاوز
لحدود حقه ، والتعسف - كما قلنا - إنما يقوم بعمل مأذون له فيه ، أو له سلطة
القيام به شرعاً .

ثانياً - إن التعدي بطريق التسبب يعتمد فعلاً لا يستند الى حق أصلاً ،
كما ذكرنا ، ولو اعتبرنا معياره بالمعنى الشخصي أو الذاتي ، فانه قاصر عن استيعاب
صور التعسف التي لا تتعلق بالنية أو الإهمال أو التقصير ، أو حتى مظنه ذلك ،
فضلاً عن أنه يعتمد فعلاً غير مشروع لذاته ، ومثال ذلك :

أولاً : الضرر العام الذي يلزم عن تصرف الفرد فيما منح من حق أو إباحة ؛
فانه يمنع منه ، ولو لم يقصد الى ذلك الضرر ، أو يقصر في الاحتياط ؛ بل ولو
كان الباعث عليه مشروعاً أو حسناً ، من مثل تلقي السلع ، أو إقامة مصنع في
ظاهر المدينة ليساهم في الاقتصاد الوطني أو الثروة الوطنية ، وهو استعمال مشروع
ومعتاد خلق الملكية ، ثم ينشأ حوله بعد حين حي راقٍ للسكن ، بحيث أضحي
وجود المصنع مصدر قلق وازعاج وخطر على صحتهم ، أو معطلاً لانتفاعهم بالمنافع
الأصلية المقصودة عادة من العقارات التي يسكنونها ، فالسلوك معتاد ، والتصرف
في دائرة الحق ، ومعتاد أيضاً ، والباعث مشروع ، والمصنع سابق في وجوده
على الحي ، ومع ذلك يمنع إذا أربى ضرره على نفعه ، عملاً بالمقررات الشرعية ،
من أن الضرر يزال ، قديماً كان أم حادثاً ، ويختار أهون الشرين ، فهذه القواعد
لا تقيم وزناً للعناصر النفسية ، وإنما تنظر الى الوقائع الخارجية .

وقد فصلنا القول في ذلك آنفاً .

ثانياً - نظرية العذر^(١) :

وما القول في نظرية «العذر» التي قال بها الحنفية في فسخ عقود الأيجار وانفساخها، وهي تشمل ما يسمى في القانون «بالظروف الطارئة» وكلاهما يدور في فلك نظرية التعسف، ومعلوم أن العذر لا يد فيه لأي من المتعاقدين؛ بل لم يكن متوقعا، ومع ذلك يفسخ العقد، أو يعتبر منفسخا، نزولا على مقتضيات العدالة، ومنعا للتعسف، فإن التعدي بطريق التسبب هنا، وما وجه تحقق معياره؟!

ثالثاً - مبنى النظرية في معيارها المادي المنبثق عن مبدأ سد الذرائع :

على أن بعضهم قد ذكر أن نظرية التعسف تقوم على قاعدة سد الذرائع، ومعلوم أن هذه القاعدة لا تعتبر العناصر النفسية من الباعث أو النية أو التقصير العنصر الجوهرية، وإنما تنظر إلى ثمرات الأفعال ونتائجها، وعلى ضوءها تحكم ببقاء مشروعية الفعل، أو انسلاخها عنه، بقطع النظر عن البواعث والقصود، أو الإهمال وترك الاحتياط، أي بقطع النظر عن «الارادة».

ولو قلنا أن «الذرائع» يتجه فيها النظر اتجاهين : الأول إلى الباعث - والثاني إلى المآلات أو النتائج، فإن معيار التعدي بطريق التسبب لا ينطبق على هذا الاتجاه الثاني في الذرائع، والذي يمثل نظراً واقعياً محضاً دون نظر إلى وصف أصل الفعل، ولا إلى بواعثه، ومعلوم أن معيار التعدي القديم، يعتمد أصل الفعل من عدم المشروعية لعدم استناده إلى حق، والمعيار المتطور، ينظر إلى العناصر النفسية، وبذلك يبدو جلياً قصور معيار التعدي بطريق التسبب عن استيعاب جميع حالات التعسف، بالرغم من صرف النظر عن الشرط الأول

(١) راجع في نظرية العذر - الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيباني على كتاب الخراج لابي يوسف ص ١٠٢ البدائع ج ٤ ص ٢٢٢ ، الهداية ج ٣ ص ١٨٣ و ١٨٤ ، تبين الحقائق ج ٥ ص ١٤٦ و ١٤٧ ، الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٤٥٨ .

وهو أن يكون الفعل في الأصل غير مستند الى حق ، واهم تلك الحالات الامثلة التي ضربناها .

القضاء برؤير عدم ابتناء التعسف على الخطأ أو التعدي ،

على أن القضاء المصري (المختلط) قد تنبه الى أن صور التعسف في العلاقات الجوارية ، لا يمكن تبرير المسؤولية فيها بالاستناد الى فكرة « الخطأ » في القانون التي تقرب من فكرة « التعدي » عند فقهاء المسلمين ، بالمعيار الذاتي ؛ إذ رأى بعضهم أن تبنى المسؤولية على مايبين من عدم اتفاق الاستعمال مع مقتضيات المصلحة الاجتماعية^(١) L'intérêt Social ، وهذا مانع فيه بتعارض المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة ، وان هذه الاخيرة مقدمة ، بالنظر لما في مراعاتها من دفع ضرر أشد .

ويقول بعض فقهاء القانون في الجمهورية العربية المتحدة : « ان المحاكم قد اجمعت فيما تقضي به من تعويض ، على إغفال البحث عن « الخطأ » وما اليه ، اكتفاءً بما حصل من اضرار عن استعمال الحق »^(٢)

واغفال البحث عن « الخطأ » دليلٌ بئس على قصوره ، او ضيق معياره عن استيعاب حالات التعسف جميعاً ، وهذا يدل بالتالي على أن نظرية التعسف تقوم على اصل آخر ؛ اذ لا يمكن تجزئة اصول النظرية ، فيقال إن بعضها خاضع لمعيار التعدي بطريق التسبب ، وبعضها خاضع لمقياس آخر ، الامر الذي لم يعهد في الشرع أو في القوانين .

(١) التعسف في استعمال الحق ، حسين عامر ص ١١١ .

(٢) المرجع السابق ص ١١٢ .

اطلاق الفقهاء القدامى والمتأخرين لفظ « التعدي » على أحوال التعسف ، لا يدل على انها متحدان حقيقة ومفهوماً .

قلنا إن الفقهاء لم يرد على لسانهم كلمة « التعسف »^(١) بل كانوا يطلقون كلمة « التعدي » ولكن هذا الاطلاق ينبغي الا يضلنا عن حقيقة التعسف ؛ اذ ليست العبرة بظاهر اللفظ ؛ بل العبرة بالحقيقة والطبيعة ، وهي التي تشير اليها تعليقاتهم ؛ فمن ذلك تعليلهم « حكم الضمان » على مالك الحائط الذي مال الى الطريق وسقط على أحد المارة ، بعد الإشهاد - بأن حكم القياس انه لا يضمن حتى بعد الاشهاد ؛ لأن الحائط كان مستقيماً في ملكه ، فلم يشغل هواء الطريق بينائه حتى يعتبر مجاوزاً حدود ملكه ؛ ولكنه مع ذلك اعتبر بالامتناع عن هدمه بعد الاشهاد متعدياً ، استحساناً^(٢) ؛ دفعاً للضرر العام ؛ ولأن المصلحة العامة مقدمة .

فالتعليل صريح في أن معيار التعدي بالسبب لم ينطبق على هذه الحالة ، والا لما استحسنا ، او بعبارة اخرى ، لما استثنوا هذا الحكم من القاعدة العامة في التعدي تسبياً ، فالاستثناء اذن مبني على أساس ومستند ، فما هو هذا المستند ؟ هو التعسف بعينه ، يظهر ذلك من تعليلهم بان الحامل على ذلك هو تقديم المصلحة العامة .

على أن الزيلعي في كتابه تبين الحقائق^(٣) ، لم يصف المالك الذي يلزم عن استعماله لعقاره ضرر فاحش بالجار ، بأنه متعدي ، بل علل منعه من استعمال ملكه على هذا النحو ، بأنه للاستحسان ولاجل المصلحة ، ونحن نقول اليوم

(١) قد سبقت الإشارة الى ان الامام الشاطبي يطلق على التعسف كلمة « الاستعمال

المذموم » الموافقات ج ٣ ص ٨٣ .

(٢) الهداية ج ٤ ص ١٤٤ .

(٣) ج ٤ ص ١٩٤ - ١٩٦

لما منع ؛ لتعسفه في استعمال حقه ، ولا مشاحة في الاصطلاح ، مادامت الحقيقة واحدة .

وصاحب بداية المجتهد يشير الى هذا في مجته « الضمان عند الفقهاء » ويقابل بوضوح بين الضمان القائم على « التعدي » ، والضمان الذي اساسه « المصلحة » اذ يقول : « والضمان عند الفقهاء على وجهين : « بالتعدي » او « لمكان المصلحة وحفظ الاموال (١) » .

ولاشك أن حفظ الاموال مقصد ضروري ، فاذا أدى تطبيق معيار التعدي التقليدي ، إلى إهمال هذا المقصد أو الانحراف عنه ، استثنى الحكم من القاعدة ، وحكم بالتضمن منعاً للانحراف ، ولا نعني بالتعسف الا هذا الانحراف ، فتسد الذريعة اليه ، بالاستناد الى نظرية التعسف ، ومبدأ سدّ الذريعة . وسدّ الذريعة هذا هو عمل بالمصلحة ، واتجاه اليها ؛ بل وتوثيق لها ، كما قدمنا .

نظرية التعسف مرتبطة اساساً بطبيعة الحق وغايته :

والواقع أن نظرية التعسف مرتبطة أساساً بطبيعة الحق وغايته ، وهي نظرية مستقلة لها معاييرها الخاصة ، ولا تستند الى معيار التعدي بطريق التسبب ، يدلنا على هذا كثرة الاستثناءات التي عمد اليها الفقهاء في تحليل أحكام المنع من التصرف في الحق أو أحكام التضمن ، تارة بالاستحسان (٢) ، وطوراً بالمصلحة ، وأخرى دفعاً للضرر العام ، أو تقديماً للمصلحة العامة (٣) .

وقد أشرنا الى أن المحاكم قد تنهت الى استقلال هذه النظرية ؛ فلم تبني

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩٣ .

(٢) تبين الحقائق ج ٢ ص ١٩٦ ، الهداية ج ٤ ص ١٤٤ ، المبسوط للسرخسي

ج ٢٧ ص ٢٥ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩٣ .

(٣) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها .

أحكامها - فيما يتعلق بالتزامات الجوار - على معيار « الخطأ » كما تنبأ الى ذلك الفقيه الفرنسي «جوسران»^(١) حيث أقام الحكم في التزامات الجوار على ضابط الموازنة بين ما يتوجب على الاستعمال من مصلحة وما يلزم عن ذلك من أضرار .

على أن الفقه المدني والدولي - كما ذكرنا من قبل - يناديان بالمسؤولية المطلقة ، أي غير المشروطة بالخطأ ، وذلك - بالنظر لتيسير حصول الضرر على التعويض عن الأضرار الناجمة عن مخاطر الحرفة في ظل الانتاج الكبير ، بالنظر لما يتسم به هذا النشاط الصناعي من مخاطر ، يعسر إثبات « الخطأ » فيه . هذا بالنسبة للفقه المدني^(٢) .

أما بالنسبة للفقه الدولي ، فانه نظراً لما يتسم به نشاط السلاح الذري في عصرنا الحاضر من طبيعة خاصة ، وما ينجم عن ممارسته من نتائج خطيرة ، تؤثر في الفضاء الجوي ، والكائنات الحية في الدول المجاورة للدولة ممارسة هذا النشاط ، فقد نادى فقهاء القانون الدولي بالمسؤولية المطلقة غير المشروطة « بالخطأ » لمنع الدول من التعسف في استعمال هذا الحق ، اي ولو لم يثبت أنها ارتكبت خطأ^(٣) . وهذا هو ما نادى به الفقه الاسلامي منذ قرون ، على لسان المحققين من فقهاء ، حين بنوا حكمهم - في منع المالك من التصرف بملكه على نحو يضر بجاره ضرراً فاحشاً - على المصلحة^(٤) ، ولو لم يتعد في هذا الاستعمال حدود

(١) جوسران في كتابه روح الحقوق ونسبته ص ١٣ وما بعدها .

« De l'esprit des droits » : Josserand .

(٢) ولذا ابتدعوا نظرية « تحمل التبعة » والتي نادى بها جوسران ايضاً ؛ ليحل مشكلة الاستعمال التعسفي في حق الملكية الذي تترتب عليه مضار الجوار غير المألوفة ، وبامعان النظر في نظرية التعسف في الفقه الاسلامي ، نجد انها تشمل « نظرية تحمل التبعة » كما تشمل « نظرية الظروف الطارئة » المعروفتين في القوانين الوضعية .

(٣) المسؤولية الدولية ، للدكتور حافظ غانم ص ١٤١ .

(٤) تبين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ .

ملكه ، أو قصد الى هذا الاضرار ، بل ولو استعمل ملكه استعمالاً معتاداً
ولغرض صحيح مشروع .

كل هذا يثبت أن نظرية التعسف لا تقوم على معيار « التعدي بطريق
التسبب » كما قررنا ذلك من قبل ، وإنما هي نظرية مستقلة لها مبناها
ومعاييرها الخاصة .

المبحث الرابع

التكييف الذي أراه للتعسف على ضوء من طبيعة الفقه الإسلامي

ارتباط التعسف بفكرة الحق وطبيعته

نقطة البدء التي ننطلق منها في بيان هذا الارتباط ، هو تقرير طبيعة الحق في
الفقه الإسلامي ؛ فقد بينا أن الشريعة الإسلامية هي أساس الحق ومنشؤه ، أي
أن الحق إنما نشأ بحكم الله هبةً ومنحةً منه تعالى ، حتى الحقوق التي تقررت
لأصحابها بأسباب جعلية مردّها الى حكم الله أيضاً ، لأن السبب لا يؤثر في وجود
الحق إلا يجعل الله تعالى ، لا بذاته ، على ما ذهب اليه جمهور الأصوليين
كما قدمنا .

ويترب على هذا ، أن الحق ليس صفةً طبيعية للإنسان حتى يكون مطلقاً
وغايةً في ذاته ، يتصرف فيه صاحبه بطلق رغبته ومشيبته ، ولو أضر بغيره .
فصدر الحق في الفقه الإسلامي اذن ، ليس ذات الإنسان ؛ بل الشريعة هي

التي انشأت الحق انشاءً ، وهو مقيد بما قيده به الشريعة ، وعلى هذا ، ليس للفرد من سلطة في التصرف الا ما منحه اياه الشرع ، وفي الحدود المرسومة .

الشريعة اساسها المصالح :

والما انتفى ان يكون الحق - بهذا النظر الشرعي - مطلقاً ، أو مصدراً لسلطات مطلقة ؛ لأن الشريعة مبنية على مصالح العباد ، رسمها الشارع الحكيم ، ثم شرع من الوسائل - وهي الحقوق - ومنحها العباد لتحقيق هذه المقاصد (٢) كما بينا من قبل ، فوجب إذن - كنتيجة حتمية لذلك كله - أن يكون قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع . ومن هذا يتضح أن الحقوق ليست في الشرع غاية في ذاتها ؛ بل هي وسائل شرعت لتحقيق المقاصد الضرورية في الخلق وما يتبعها من الحاجة والتحسينية ، وبذلك يتقيد الحق بهذه المصالح .

وبترتب على هذا ، أن كل استعمال للحق يناقض هذه المقاصد ، يعتبر باطلاً ؛ لانه يهدم الاصل الذي قامت عليه الشريعة ، ويضاد مقصد الشرع من منح الحقوق .

وشيء آخر ، هو أن الحق اذا كان لغاية أو مصلحة شرع من أجلها ، فمن المنطق التشريعي أن تكون تلك الغاية الجزئية منسجمة في تحقيقها مع ذلك الاصل الكلي في الشرع ؛ لأن الشريعة كل متسق لا تتناقض أجزاؤه ، وعلى هذا ، فالمصلحة الخاصة التي هي غاية الحق الفردي لا تبقى على أصلها من المشروعية الا اذا اتسقت مع التنظيم التشريعي العام ؛ أي لم تتناقض مع قواعد الشريعة العامة ، أو مقاصدها في الخلق ، وهذا هو جوهر فكرة التعسف الذي نلخصه فيما يلي :

« ان الفعل يكون مشروعاً بحسب الأصل والظاهر ؛ لانه يستند الى حق ؛

(١) راجع الاساس الاول الذي يقوم عليه تقييد الحق .

ولكنه يتناقض إن في بواعثه أو نتائجه - مع ما تقتضي به قواعد الشريعة العامة، ومقاصدها ، أي مع روح الشريعة .

وهذا الأصل يقتضينا النظر في طبيعة الفقه الاسلامي ، وهل هو فقه فردي أو جماعي؟ لما لذلك من أثر في تكوين طبيعة الحق نفسه ، وتحديد مدى استعماله . قدمنا أن طبيعة الفقه الاسلامي ليست قائمة على الفردية المطلقة ، التي تقدس الحق الفردي ، وتهدر صالح الجماعة ؛ كما أنها ليست ذات طابع جماعي محض ، تجعل صالح الجماعة هو محور التشريع فحسب ؛ بل هو فقه أقر الحق الفردي وحماه ، ونسق بينه وبين مصلحة الجماعة ، ووفق بينها ما أمكن التوفيق ، وقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند استحالة التوفيق بين المصلحتين ، وأصبحت هذه القضية من المقررات الشرعية المحكمة .

طبيعة الفقه الاسلامي تنعكس على الحق ، وتحدد طبيعته :

هذه الطبيعة المزدوجة للفقه الاسلامي تنعكس بالضرورة على الحق الفردي فيه ، وتحدد طبيعته ، وبيان ذلك :

« أنه إذا كانت التشريع الاسلامي يهدف الى غايتين أساسيتين في تنظيم شؤون الحياة في المجتمع ، وهما : مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة معاً ، وتقديم هذه الاخيرة عند التعارض لأهميتها ، فمقتضى ذلك « أن الحقوق » - وهي وسائل لتحقيق غايات الشرع - يجب أن تُفَضَّى الى تلك الغاية المزدوجة ، وإلا وقع التناقض بين الوسيلة والغاية ، وبذلك يكون للحق وظيفة مزدوجة أيضاً ، فردية وجماعية معاً ، وعلى هذا الأساس يُنْقَضُ القول بأن الحق هو بذاته وظيفة اجتماعية ، على معنى ، أنه يرمى الصالح الجماعي فحسب ، كما يذهب الى ذلك مذهب التضامن الاجتماعي ^(١) ؛ بل الذي يتفق وطبيعة التشريع

(١) انظر مذهب التضامن الاجتماعي في هذا الكتاب .

الاسلامي وغايته ، القول بأن الحق الفردي طبيعة مزدوجة ، فردية وجماعية ، وأن الاولى مصونة وحمية ما دامت لا تتعارض مع المصلحة العامة ، وأنه يجب أن بسلك مسلك التوفيق بينها ما أمكن ، وتقديم المصلحة العامة حسب ما تقضي به مقررات الشرع^(١) .

وبذلك يكون للحق الفردي في الشريعة الاسلامية وظيفة اجتماعية ، وليس هو بذاته وظيفة اجتماعية ؛ إذ يترتب على هذا للنظر الاخير ، اهدار الصالح الفردي الخاص الذي أصبح تقرره معلوماً من الدين بالضرورة ، ولا سيما « حق الملكية » الذي هو في طبيعة الحقوق الخاصة جميعاً .

هذا ، ولإقامة التوازن بين الحقوق الفردية المتعارضة ، أو بين الحق الفردي وحق الجماعة ، نشأت نظرية التعسف في استعمال الحق .

ويترتب على هذا النظر المستمد من طبيعة الحق ، أن الاخلال بهذا التوازن بين المصالح الخاصة المتعارضة غير مشروع ، ولا يشرع بالتالي ما يؤدي اليه ، وهو الفعل ، فاذا أفضى استعمال حق فردي الى إلحاق مضرّة راجحة ، كان في هذا مناقضة لمقصد الشارع ؛ لأنه لم يشرع الحق ليكون مصدراً لمفاسد راجحة ؛ بل « شرع للمصالح الراجحة ، ويتناقض بالتالي مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح ودرء المفاسد ، ولو كان السمل في الأصل مستنداً الى حق ، وهذا الحكم ينطبق على تعارض حق الفرد مع حق الجماعة من باب أولى ؛ إذ من البدهي أن استعمال الحق الفردي إذا أفضى الى الاضرار بمصلحة الجماعة كان ممنوعاً ، لأن اختلال التوازن هنا يكون أظهر ، ولأن المفسدة اللاحقة بالجماعة فاحشة لا تتناسب مع المنفعة التي يجنيها صاحب الحق الشخصي ..

(٢) راجع من أسس تقييد الحق ، التضامن المادي وأثره في تقييد الحق الفردي .

وعلى هذا، فالحق الشخصي في الشريعة - بما هو ذو طبيعة مزدوجة - لا يكفي في مشروعية استعماله ان تتحقق المصلحة الشخصية التي شرع من أجلها ؛ بل يجب - مع هذا - ألا يختل التوازن بينه وبين مصلحة خاصة أخرى هي في الشرع أشد رعاية ، أو بين مصلحة الجماعة ، بحيث لا 'يفضي استعماله الى مفساد راجحة في الحالتين ، وهذا مفهوم اجتماعي للحق في الشريعة ، وهو معنى قولنا ، أن الحق الفردي كجزء من التشريع الاسلامي يجب أن يتسق مع التنظيم التشريعي العام وطبيعته ، واليه يشير قول الإمام الشاطبي :

« وحق الله في العادات من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع ، لان حق الغير محافظ عليه شرعاً أيضاً »^(١) و « حق الغير » أعم من أن يكون للفرد او للجماعة . والذي يقيم التوازن ويحفظه هو نظرية التعسف كما قلنا .

اتضح إذن - وعلى هذا النظر - ارتباط نظرية التعسف بنظرية الحق وطبيعته المستمدة من طبيعة الفقه الاسلامي نفسه ، وبما يؤكد ارتباط نظرية التعسف بطبيعة الحق ، أن طبيعة الحق لو كانت فردية خالصة ، أو جماعية خالصة ، لما كان لها دور ، ولما ظهرت إلى الوجود ؛ إذ لا يتصور التعارض حينئذ مع هذا الاطلاق نحو اليمين أو اليسار ، وبالتالي لا يتصور الاختلال في التوازن ، وبيان ذلك :

أن الشريعة لو كان محور تشريعها الحق الفردي الخالص ، دون نظر الى المعنى الاجتماعي للحق ، لكان الحق الفردي غاية في ذاته ، وإذا كان غاية فالتصرف فيه مطلق ، لا يحده الا ما يخل بالآداب العامة ، والغاية ليس لها غاية حتى يقيد التصرف بأن يكون متجهاً اليها ، وبالتالي لا يتصور الاختلال بها او الانحراف عنها ؛ فلا مبرر إذن لنظرية التعسف .

وكذلك اذا كان محور التشريع مصلحة الجماعة فحسب ؛ اذ الفرد يصبح في

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٢٢ .

نظر هذا التشريع آلة اجتماعية ، لاتعمل لمصالحها بل لغيرها ، أو بعبارة أخرى هو مجرد موظف يعمل لتحقيق المصلحة العامة ، فإذا انحرف عنها اعتبر متعدياً^(١) وخارجاً عن حدود اختصاصه لا متعسفاً .

أما نظرية التعسف ، فلما يبدأ دورها في ميدان الحقوق الفردية الذاتية بما تمنحه هذه الحقوق من سلطات ؛ ليحقق الفرد بها مصلحة مرسومة أولاً وعائدة إليه ، فيسيء استعمال هذه السلطة ، ويتخذها ذريعة الى الاضرار بغيره من الافراد ، أو بالمصلحة العامة ، ويتصور ذلك في الحقوق المزدوجة الصفة ، كما هو الشأن في الفقه الاسلامي .

ولو امكن تصور التعسف في السلطة العامة ، بالنظر الى الباعث ، فان نطاقه يكون ضيقاً ؛ لان الفرض ان ليس فيه مصلحة ذاتية فردية تكون مظنة التعسف وسوء الاستعمال .

وهذا ما وقع بالفعل في ظل التقنينات ذات الروح الفردية الخالصة ، كالقانون المدني الفرنسي القديم ، والقانون الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ ، حيث لم يكن لنظرية التعسف فيها وجود .

وكذلك الأمر فيما لو كانت الشريعة ذات طابع جماعي خالص ، دون اعتبار للصالح الفردي ؛ إذ لا يتصور هناك اختلال للتوازن ؛ لان الحق الفردي مهدر ، وبالتالي لا تجد نظرية التعسف وظيفة لها .

وعلى ضوء ما قدمنا ، يمكن استعراض بعض التعاريف للتعسف ؛ لنرى

(١) قد ذكرنا الخلاف في الحقوق الغيرية من حيث امكان تصور التعسف في استعمالها ، أو إمكان التمييز بين التعسف والتعدي في هذا الاستعمال ؛ فذهب « ديجي » الى أن التعسف غير متصور ، لان الانحراف عن المصلحة العامة يعتبر تجاوزاً - راجع بحث الحقوق الغيرية .

وخالفه آخرون ، وقالوا بإمكان تصور التعسف في استعمال السلطة ؛ بالنظر الى الباعث من شهوة انتقام أو بدافع حزبي ، وأياً ما كان ، فالتعسف في الحقوق الفردية يبدو أوضح وأظهر لان المصلحة فيها ذاتية ، وهي مظنة التعسف .

مبلغ صحتها وانطباقها على حقيقة التعسف ، ثم تأتي بتعريف للتعسف بين حقيقته وعناصره .

يقول بعض الكتّاب المعاصرين : « التعسف هو تصرف الانسان في حقه تصرفاً غير معتاد شرعاً »^(١) ويقول : « قرر الفقهاء - كما في الفقه الحنفي وغيره - أن للانسان أن يتصرف في ملكه تصرفاً معتاداً ، ولا يُسأل عما يترتب عليه من ضرر حينئذ ، وإنما يسأل عن الضرر اذا كان التصرف في ملكه غير معتاد » .
ويبدو واضحاً أنه يجعل مناط التعسف هو « التصرف غير المعتاد » ويعزو هذا التقرير الى فقهاء المذهب الحنفي وغيرهم .

ويتجه على هذا التقرير أمران :

الأول : أن التعسف ليس مرتبطاً بغير المعتاد من التصرف ، وإنما يرتبط أساساً بغاية الحق ونتيجته ، يدلنا على هذا ، أن التصرف قد يكون معتاداً ، ومع ذلك تكون نتيجته غير مشروعة ، فيكون حينئذ تعسفياً بالنظر الى هذه النتيجة ، وهذا ما يقرره ابن رجب الحنبلي في عرضه لمذاهب الأئمة في حكم تصرفات صاحب الحق تطبيقاً لحديث « لا ضرر ولا ضرار » .

فبعد أن بين القسم الاول من التصرفات التي يقصد بها محض المضارة ، عرض للقسم الثاني من التصرفات التي يكون له فيها غرض صحيح ، ولا يقصد فيها الاضرار ، ومع ذلك يمنع ، يقول :

والفرع الثاني : أن يكون له غرض آخر صحيح ، مثل ان يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له ، فيتعدى ذلك الى ضرر غيره ، او يمنع غيره من الانتفاع بملكه فأما الاول : وهو التصرف في ملكه بما يتعدى ضرره الى غيره ، فإن كان على غير الوجه المعتاد ، مثل أن يؤجج في أرضه ناراً في يوم عاصف ، فيحترق ما يليه ، فانه (متعد) بذلك ، وعليه الضمان .

(١) اسبوع الفقه الاسلامي ص ١١٠ الشيخ أحمد ابو سنه .

وان كان على الوجه المعتاد ، ففيه للعلماء قولان مشهوران :
احدهما : لا يمنع من ذلك ، وهو قول الشافعي وابي حنيفة وغيرهما .
والثاني : المنع ، وهو قول احمد ووافقه مالك في بعض الصور ، وضرب أمثلة
لذلك منها :

« ان يحفر بئرا بالقرب من بئر جاره ، فيذهب ماؤها ، فانها تظم في ظاهر
مذهب مالك واحمد » .

أي أن حفر البئر في الملك استعمال معتاد شرعا لحق الملكية ، ومع ذلك
يمنع بالنظر الى لوازمه الخارجية .

ومنها أن يحدث في ملكه ما يضر بملك جاره من هز أو دق ونحوه ، فيمنع
في ظاهر مذهب مالك واحمد ، وهو أحد الوجوه للشافعية ، وهذا استعمال
معتاد شرعاً .

ومنها : أن يكون له ملك في أرض غيره ، ويتضرر صاحب الأرض بدخوله
الى أرضه ؛ فانه يجبر على إزالته ؛ ليندفع به ضرر الدخول^(١) ، كما في حديث
سَمُرَةَ بن جندب^(٢) .

فهذا استعمال معتاد شرعاً للحق ؛ ولكن بالنظر لما ترتب عليه من
ضرر منع .

فالتعسف إذن لا يقتصر على التصرف غير المعتاد ؛ بل يشمل المعتاد
كذلك بالنظر لمآله ونتائجه ، وقد حكى ابن رجب فيه الخلاف كما رأينا .
ويتجه هذا النقد على النص الجديد للمادة الخامسة في مشروع القانون المدني
السوري^(٣) . « لا يجوز استعمال الحق إلا فيما شرع له ، وفي الحد المعتاد » .

(١) أخرجه أبو داود في سننه من حديث أبي جعفر محمد بن علي .

(٢) راجع الحادثة في جامع العلوم والحكم ص ٢٦٩ لابن رجب الحنبلي .

(٣) هو المشروع الذي نهض به الاستاذ مصطفى الزرقاء ليحل محل مجلة الاحكام
العدلية ؛ ولكن لم يكتب له الظهور .

فالقيد الاول يبين ارتباط فكرة التعسف بغاية الحق ، أما القيد الثاني فهو ما لا نقره ؛ لأنه يضيق من نطاق نظرية التعسف ، بدليل أن التصرف المعتاد قد يكون ممنوعاً بالنظر لمآله في بعض الحالات .

تعريف التعسف :

قررنا أن نظرية التعسف مرتبطة أساساً بنظرية الحق ، وطبيعته ، ومدى استعماله ، وعلى ضوء ما قدمنا من أسس تقييد الحق التي تكشف لنا عن طبيعته ومداه ، وعلى ضوء من طبيعة الفقه الاسلامي وغايته المزدوجة ، يمكن تعريف التعسف بأنه : « مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل » .

تحليل التعريف :

مناقضة قصد الشارع : أي مضادة قصد الشارع ، وهذه المضادة لا تخلو : إما أن تكون مقصودة ، بأن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عيناً ، بأن يستعمل الحق لمجرد قصد الاضرار . وقصد الشارع من شرعية الحق تحقيق المصالح لا المضار ، أو أن يتذرع بما ظاهره الجواز ، الى تحليل ما حرم الله ، أو إسقاط ما أوجبه عليه .

ومن الاول : بيع العينة للتوصل الى الربا المحرم .

ومن الثاني : هبة المال - صورياً - قرب نهاية الحول ؛ احتيالاً على إسقاط الزكاة .

وواضح ، أن هذا التذرع يفضي الى خرم قواعد الشريعة ، وهدم مقصد الشارع ، وقلك مناقضة لقصد الشارع ظاهرة ، وكذلك سائر « الحيل » التي

يتذرع بها قصداً الى إبطال حكم شرعي ، او الى تحقيق مصلحة غير مشروعة .
 وبين الامام الشاطبي حقيقة هذه الحيل إذ يقول : « فان حقيقتها المشهورة
 تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي » ، وتحويله في الظاهر الى حكم
 آخر ، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة^(١) في الواقع ، كالراهب ماله عند
 رأس^(٢) الحول فراراً من الزكاة ، فان أصل الهبة على الجواز ، ولو منع الزكاة من
 غير هبة لكان ممنوعاً ، فان كل واحد منها ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة ،
 فاذا جمع بينهما على هذا القصد ، صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة ، وهو
 مفدة ؛ ولكن هذا بشرط القصد الى إبطال الاحكام الشرعية^(٣) .

فوضع اذن أن ليست العبرة بصورة الفعل وهيئته الشرعية الظاهرة ؛ بل
 العبرة بقصد المكلف في العمل والباعث عليه ؛ فان قصد الشارع من المكلف ان
 يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع . يقول الإمام الشاطبي :
 « قصد الشارع من المكلف ان يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع »
 فاذا لم يكن موافقاً ، بأن قصد باستعمال الحق غير ما شرع له ، كان مناقضاً لقصد
 الشرع ، والمناقضة مبطلّة للعمل ، وهذا المعنى يجليه الإمام الشاطبي في غير لبس
 ولا ابهام ، حيث يقول : « كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له ،
 فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ، فمن ابتغى في
 التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل » .

ويقول : « أما ان العمل المناقض باطل ، فظاهر ، فإن المشروعات انما
 وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد^(٤) ، فاذا خولفت لم يكن في تلك الافعال

(١) كإبطال الزكاة وهدمها بالكية ، ولا يخفى أنه ممنوع ، الموافقات للشاطبي ج ٤
 ص ٢٠١ وهامشها ، ج ٢ ص ٣٨٨ المرجع السابق .

(٢) المراد قرب نهاية الحول ، أما بعد تمام الحول فقد وجبت الزكاة ج ٤
 ص ٢٠١ .

(٣) الموافقات ج ٤ ص ٢٠١ ، المرجع السابق ج ٢ ص ٣٣١ .

(٤) وهذا هو الاصل العام الذي قامت عليه الشريعة .

التي خولفت بها جلب مصلحة ولا دره مفسدة^(١) .

ويتبين من هذا القول، أن المناقضة كما تكون في القصد المضاد لقصد الشارع، تكون في الفعل الذي يفضي مآلاً إلى نقض هذا الأصل، بأن تكون نتيجة مفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة، ولو لم يكن ثمة قصد إلى هذه النتيجة .

وعلى هذا؛ فالمناقضة لا تخلو : إما أن تكون مقصودة، وهذه تشمل استعمال الحق لمجرد قصد الاضرار، أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو استعماله دون نفع أي لمجرد العبث^(٢)؛ أو لنفع تافه، في حين أنه يلحق بغيره ضرراً بيناً . وإما أن تكون المناقضة غير مقصودة، وهذه تشمل الأفعال التي تكون مآلاتها مضادة للأصل العام^(٣) في الشرع؛ لأن الحقوق إنما شرعت لجلب مصلحة أو دره مفسدة، فإذا آل استعمالها إلى ما يناقض هذا الأصل، لم تشرع، وهذا هو التعسف في معياره الموضوعي المادي، لأن الحق الجزئي يجب ألا يتناقض استعماله من حيث المآل مع الأصل الكلي كما بينا .

ولا يلزم أن يكون استعمال الفعل على غير الوجه المعتاد حتى يتحقق التعسف؛ بل قد يتحقق التعسف، وبالتالي يكون الفعل باطلاً، قطعاً لذريعة الفساد المتمثل في مآل أو نتيجة هذا الاستعمال المعتاد .

فاستعمال حق الملكية على الوجه المعتاد^(٤) بباعث مشروع، وتحقيق مصلحة مشروعة، وباتخاذ كافة الاحتياطات لدرء الاضرار عن الجوار، قد يترتب عليه

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٣٣ .

(٢) العبث لا يشرع .

(٣) جلب المصالح ودرء المفاسد، وإن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح .

(٤) هذه القضية قد اختلفت فيها آراء العلماء؛ فذهب أحمد، ووافقه مالك في بعض الصور، إلى أن المالك يمنع، ولو استعمل حقه استعمالاً معتاداً، إذا أفضى إلى نتيجة من الضرر غير مألوفة - أي فاحشة أو راجحة - جامع العلوم والحكم ص ٢٦٩ .

- بالرغم عن ذلك كله - اضرار فاحشة ، كوجود مصنع في حي عامر بالسكان ، وهذا يوضح أن التعسف في بعض صورته لا يتعلق بالاستعمال المعتاد أو غير المعتاد ؛ بل بالمآل المعتاد أو غير المعتاد .

وهذا يكون للتعسف معياران أساسيان :

المعيار الأول : الشخصي أو الذاتي ، وهو النية أو الباعث كما سيأتي .
المعيار الثاني : معيار موضوعي ، يعتمد الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من مصلحة ، وما يلزم عن عمله من مفسدة ، وقد يكون ثمة معيار مختلط ، في صورة تحقيق مصلحة تافهة أو ضئيلة ، لا تتناسب مطلقاً مع ما يلزم عن الاستعمال من ضرر ، فهذا معياره موضوعي ، يستعان به على كشف الباعث أو نية قصد الاضرار ، ولا خلاف أنه إذا ظهرت المناقضة بالفعل باطل .

في تصرف « مأزون فيه سرعاً »

التصرف يشمل التصرف القولي ، كالعقود ، وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات ، سواء منها ما كان نتيجة لاتفاق إرادتين ، كالبيع والاجارة ، أو ما ينشأ بإرادة منفردة كالوصية .

ويشمل كذلك التصرف الفعلي ، كاستعمال حق الملكية في العقارات ، كالاراضي والمباني . وكاستعمال الرخص والإباحات ، كتلقي السلع ، واحياء الموات .

على أن التصرف الشرعي ، القولي منه والفعلي ، قد يكون ايجابياً ، وقد يكون سلبياً .

ففي التصرف الشرعي القولي الايجابي ، كبيع السلاح أيام الفتنة مثلاً ، وبيع الحاضر للبادي ، إذا ترتب عليه ضرر بالعامه ، اعتبر تصرفاً تعسفياً ، والتصرف الشرعي القولي السليبي ، كامتناع الشخص عن قبول الايجاب ، اذا كان هو بوقفه قد استدرج ذلك الايجاب ، فحقه في الامتناع عن التعاقد

مقيد بوجود اسباب تبرره^(١)، والا كان استعماله تعسفياً، وكامتناع التاجر عن البيع احتكاراً لسلعه .

هذا، ولا يقال، كيف تصف التصرف - وهو فعل - بأنه كف، والفعل لا يكون كفاً، قلنا الكف عن الفعل فعل^(٢) عند بعض الاصوليين^(٣).

هذا، والتصرفات الشرعية القولية هي التي يمكن ان يرتب عليها آثارها الشرعية بالارادة، ويمكن ان يمنع ترتيب الآثار عليها، وذلك؛ لأنها علل جعلية، وليست بعلل عقلية، ولا طبيعية، فهذا النوع هو الذي يمكن الحيلولة فيه بين المعلول وعلته .

أما التصرف الفعلي الايجابي، كما في حالة استعمال المالك عقاره لجرد قصد الاضرار بغيره، او استعماله لعقاره دون قصد منه الى الاضرار باحد، ولكن لزم عن ذلك ضرر^(٤) فاجش بجاره، فالواقع من الضرر لا يرتفع، ويمكن قطع التسبب فيه حتى لا يستمر حدوثه مستقبلاً .

وأما التصرف الفعلي السلبي، كما في حالة امتناع مالك الحائط المائل الى الطريق العامة عن هدمه، بعد الإشهاد، فيمكن اجبار المالك على هدمه، واذا وقع نتيجة لامتناعه، واضرّ بغيره، ضمن؛ وعلى هذا فالتعسف قد يكون في الامتناع القولي والفعلي .

غير ان التصرف الفعلي - اذا ترتب عليه وقوع الضرر فعلاً - لا يمكن رفعه، لان الواقع لا يرتفع، وانما يمكن منع استمراره في المستقبل كما قدمنا^(٥).
مأذون فيه شرعاً بحسب الاصل :

يجرح الافعال غير المشروعة لذاتها، لأن إلتئانها يعتبر اعتداءً لاتعسفاً، وهذا القيد هو الذي يحدد مجال تطبيق نظرية التعسف .

(١) انظر في هذا المعنى المادة ١٨١ قانون مدني لبناني .

(٢) الموافقات ج ٤ ص ٥٨ .

(٣) انظر فتح القدير، باب القضاء .

الفصل الثاني

أدلة النظرية من الكتاب والسنة وفقه الصحابة

المبحث الاول

أدلة النظرية من الكتاب

الدليل الاول :

قال تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ، لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، لا تكلف نفس إلا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده »^(١) .
تدل الآية الكريمة ، على أن الرضاع حق للأُم ، وهي أحق من غيرها وأولى في رضاع ولدها ؛ لرفقها وحنوها عليه ، إذا رضيت بما ترضى به الأجنبية .
يقول الجصاص^(٢) في تفسير قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن ...

(١) البقرة/ آية ٢٣٣ .

(٢) احكام القرآن ج ١ ص ٤٧٩ .

الآية : « فجعل الأم أحق برضاع الولد هذه المدة ، ثم أكد ذلك بقوله : « لا تضار والدته بولدها ، ولا مولود له بولده » يعني - والله أعلم - إذا رضيت بأن ترضع بمثل ما ترضع به غيرها ، لم يكن للأب أن يضارها فيدفعه الى غيرها .
وتعليل ذلك ظاهر ، إذ الأم أرق وأحن على ولدها من غيرها ، وربما كان لبنها أصح لتغذيته أيضاً ، والطفل ما ثبت له حق الرضاع منذ ولادته الا لهذه التغذية والتمية الطبيعية .

نهى الأب عن الاستعمال من ولادته على ابنه :

والآية صريحة في نهى الأب عن مضارة الأم ايضاً ، بأساءة استعمال حقه في ولايته على ابنه ؛ فلا يجوز للأب انتزاع ولدها منها إذا رضيت بإرضاعه مجاناً ، أو بما رضي به غيرها ، وألفها الصبي^(١) ، كما لا يجوز له انتزاعه منها إذا لم ترضعه ؛ بل يأتي بالظن فترضعه^(٢) عندها .

يقول الامام القرطبي : « ولا يحل أن يمنع الأم ذلك ، مع رغبتها في الإرضاع ، هذا قول جمهور المفسرين »^(٣) .
ويقول أيضاً : « لا ينزع الولد منها إذا رضيت بالإرضاع وألفها الصبي »^(٤) .
ويقول الجصاص في حالة ما اذا لم ترضعه : « ولكنه يؤمر الزوج بأن يحضر الظئر الى عندها حتى ترضعه في بيتها »^(٥) .

(١) احكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ١٦٧ ، الفوائين الفقيه لابن جزى ص ٢٠٦ و ص ٢١٧ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٧ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٤٦٢ .

(٢) احكام القرآن ج ١ ص ٨٠ للجصاص .

(٣) احكام القرآن ج ٣ ص ١٦٧ للقرطبي .

(٤) المرجع السابق ، وجاء في الحديث عن ابن عمر رضي الله عنهما : ان امرأة جاءت ببن لها الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله : ان ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له حواء ، وأراد أبوه أن ينزعه مني ، فقال صلى الله عليه وسلم : « انت أحق به ما لم تتزوجي » احكام القرآن ج ١ للجصاص .

فالأية - كما ترى - محتملة للمضارة في نزع الولد منها ، واسترضاع غيرها ، فيجب حملها على المعنيين ، فيمنع الزوج من الأمرين . ويؤكد الجصاص هذا المعنى بقوله : « ولما كانت الآية محتملة للمضارة في نزع الولد منها ، واسترضاع غيرها ، وجب حملها على المعنيين ، فيكون الزوج ممنوعاً »^(١) .
قال مجاهد في قوله تعالى : « لا تضارّ والدّة بولدها » : « لا يمنع أمه أن ترضعه ليحزنها بذلك »^(٢) .

وقال عطاء وقتادة والزهري وسفيان الثوري ، والسري : « إذا رضيت ما يرضى به غيرها فهي أحق به ، وهذا هو المنصوص عن أحمد رحمه الله ، ولو كانت في حبال الزوج » .

« وقيل إن كانت في حبال الزوج فله منعها من إرضاعه ، إلا أن لا يمكن إرضاعه من غيرها ، وهو قول الشافعي ... لكن إنما يجوز ذلك إذا كان قصد الزوج به توفير الزوجة للاستمتاع ، لا مجرد إدخال الضرر عليها »^(٣) .
أما قول بعض الكتّابين بأنه لا يجوز للأب هضم أجره حقها في الرضاع ، فهذا اعتداء على حق الغير ، وتجاوز لا تعسف ؛ إذ ليس للزوج حق أصلاً في أكل مال زوجته بدون إذنها ، فضلاً عن أن يوصف بالتعسف^(٤) .

الرضاع متى يؤمّر بواجب عليها :

على أن الرضاع إذا كان حقاً للأم ، فهو واجب عليها ديانةً في المذهب

(١) المرجع السابق .

(٢) جامع العلوم ونهج من ٢٦٨ لابن رجب الحنبلي .

(٣) المرجع السابق - راجع أحكام القرآن ج ٣ ص ١٦٧ للقرطبي - تفسير الامام

الطبري ج ٥ ص ٤٦ .

(٤) مجلة العلوم القانون والاقتصادية عدد ١ سنة خامسة ص ٦٥ يناير سنة

١٩٦٣ بحث في التعسف الاسناد الشيخ عيسوي أحمد عيسوي ، وهناك خلاف فيما يتعلق بمال الزوجة ، هل تثبت لها حرية التصرف ، وسنعرض له في موضعه إن شاء الله .

الحنفي (١) . أما إذا تعينت لذلك ؛ بأن أَلِفَهَا الصبي ، ولم يرض ثدي غيرها ، أو لم توجد امرأة غيرها ، أو لم يكن للأب أو الولد مال تستأجر به ظئر ترضعه ، ولم يوجد من يتبرع بإرضاعه ، فيصبح واجباً عليها قضاء .

والواقع ، أن المذهب الحنفي إذ لم يوجب عليها الرضاع قضاءً - وإن كانت تأثم بتركه بدون عذر مشروع - فإنه - درءاً للتعسف في هذا الحق - قيده بعدم الاضرار بالولد ، وفصل الحالات التي يعتبر ترك الام إرضاع ولدها فيها تعسفاً في استعمال حقها ، فدرءاً لهذا التعسف أوجب عليها ، وربما تتضرر بالارضاع في هذه الحالات ، إلا أن ضررها أيسر من ضرر الولد الذي يتوقف تغذيته وغمه الطبيعي عليه .

وإذا كان الرضاع واجباً عليها في هذه الحالات - وقد سبق أن ذكرنا ان الآية الكريمة تدل على أنه حق للأم - فقد اجتمع في الرضاع صفة مزدوجة : هي كونه حقاً وواجباً في آن واحد ، وإذا لاحظنا أن المصلحة في الرضاع راجعة الى الولد لا إلى صاحب الحق وهو الأم ، أدركنا أن حق الرضاع من الحقوق الغيرية او الوظيفية التي يرى بعض فقهاء القانون أنه لا يجري فيها التعسف .

ونحن نرى أن القرآن الكريم قد نص على النهي عن التعسف في هذا الحق صراحة ، فنظريّة التعسف في الفقه الاسلامي شاملة لهذه الحقوق المزدوجة الصفة (٢) .

نهي الام عن التعسف في استعمال حق الرضاع :

وكذلك تنهى الآية الكريمة ، الام عن التعسف في استعمال حق رضاع

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٧٩ - ص ٤٨٠ . وتفسير ذلك :

ان الام بما فطرت عليه من عاطفة الامومة والحنان ، لا تأبى ارضاع وليدها إلا من شذوذ او عجز ، فلا تجبر على الرضاع دفعا للاضرار بها ، والضرر ممنوع بنص الآية . انظر تفسير البيضاوي ص ٥١ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٧ ، الخلاف في الفقه الجعفري ج ٢ ص ٢١٠ .

(٢) راجع بحث الحقوق الغيرية او الوظيفية .

ابنها اضراراً بأبيه ، فليس للام - اذا كانت مطلقة وانتهت عدتها - أن تطلب أجراً على الرضاع اذا كان غيرها يرضعه مجاناً ، أو بأقل^(١) مما تطلب ، منعاً للضرر عن الاب ؛ لأنها في هذه الحال تقصد المضارة^(٢) ؛ فدفعاً لذلك ، يعطى الولد غيرها في هذه الحالات لارضاعه ؛ ولكنه لا ينزع من حضانتها اذا لم تتزوج ، وفي هذا الحكم توفيق بين مصلحة الطفل في تغذيته ، ومصلحة الأب في عدم إلزامه بأجر معين مع وجود متبرعة ، أو من ترضى بالاقل ، وليس في ذلك اضرار بالأم ؛ لأنه في حضانتها ، وفي امكانها ارضاعه - اذا رغبت - بدون أجر ، أو بالاجر الذي رضي به غيرها حسب الاحوال .

هذا ، ويجرم عليها أن تأبى ارضاع ولدها اضراراً بأبيه .
يقول الامام القرطبي في معنى قوله تعالى : « ولا مولود له بولده » لا تأبى الأم أن ترضعه اضراراً بأبيه ، أو تطلب أكثر من أجر مثلها^(٣) .

ويقول ابن رجب : « فان طلبت زيادة على أجر مثلها زيادة كثيرة ، ووجد الاب من يرضعه باجرة المثل ، لم يلزم الأب اجابتها الى ما طليت ؛ لأنها تقصد المضارة ، وقد نص عليه الامام أحمد أيضاً^(٤) » .

والخلاصة : أن الآية الكريمة تفيد وجوب حماية كل من الأب والام من أن يضر كل منهما بالآخر بسبب الولد ، باستعمال ما منح من حق وسيلة الى هذا الاضرار ، كما توجب حماية الولد أيضاً من الاضرار به ، وبذلك تعتبر هذه الآية أصلاً من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي .

(١) تفسير القرطبي ج ٣ ص ١٦٧

(٢) جامع العلوم والحكم ، لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٨ .

(٣) احكام القرآن ج ٣ ص ١٦٧ للقرطبي .

(٤) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٨ و ٢٦٩ ، الكشف ج ١ ص ١٤١ و ١٤٢ .

الدليل الثاني ،

قال تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون »^(١) .

يقول البيضاوي في تفسير هذه الآية : « أي وإن وقع غريم ذو عسرة ، فالحكم نظرة ، أو فعليكم نظرة ، أو فليكن نظرة ، وهي الإنظار . . وان تصدقوا - أي بالإبراء - خير لكم ، أي أكثر ثواباً من الإنظار »^(٢) .
يستفاد من هذه الآية أمران :

الاول - وجوب انظار المدين اذا ظهر اعساره .

الثاني - الندب إلى التنازل عن الحق ، وإبراء المدين ، أو التصديق عليه بالدين .
هذا ، وذهب بعض المفسرين - ومنهم ابن عباس - إلى أن آية التأجيل هذه ، خاصة بدين الربا ؛ لأنها نزلت بعد آيات الربا ، والصحيح أن هذا الحكم في دين الربا وغيره ، أي أن الدائن مدعو إلى الرقي بالمدين مطلقاً ، بتأجيل مطالبته بالوفاء حتى الميسرة ، وإلى هذا ذهب الامام الجصاص^(٣) ، والا لزم تخصيص « ذو عسرة » من غير دليل .

على أنه ورد في الحديث « لي^٤ الواجد ظلم ، محجل عرضة وعقوبته »^(٤) وهذا

(١) البقرة ٢/٢٨٠ .

(٢) تفسير البيضاوي ص ٦٣ و ٦٤ .

(٣) أحكام القرآن ج ١ ص ٤٧٣ .

(٤) اللي : المظل . جل عرضه أي شكايته والاغلاظ له في القول ، وحجسه ، الكشف

صريح في أن للدائن معاقبة مدينه الظالم له بعدم الوفاء وهو واجد ما يوفى به ،
والظالم لاحالة مستحق العقوبة ، وهي الحبس ؛ لانه لم يرد في غيره اتفاقا .

وجهور الحنفية يرون أن المدين 'يجبس' متى ثبت عليه الدين ، وامتنع عن
الوفاء ، نحو شهرين او ثلاثة ، ومتى ظهر عبثه بالسؤال عن ماله خلى سبيله ،
والا ظل محبوساً ابدأ حتى يقضي دينه .

غير أنه اذا كان معروفا بالعسر لا يجبس بحال من أول الامر ، طبقاً لمنطوق
الآية ؛ ولانه ليس ظالماً بعدم الوفاء .

فطلب الحبس ، وإن كان حقاً للدائن على مدينه ، إلا أن هذا الحق شرع
- في الواقع - وسيلة للاكراه على قضاء الدين ، أي شرع وسيلة لغاية ، اما وقد
استحال يقيناً إفضاء هذه الوسيلة الى غايتها - وهي الوفاء - في حالة العسر
فاستعملها حينئذ تعسف غير مشروع ؛ لانها وسيلة استعملت في غير ما وضعت
له ، وهذا هو التعسف .

وكذلك الحكم إذا حبس المدين ، ثم ظهر إعساره ، وجب تخليته به ؛
لانه في هذه الحالة ليس ظالماً بعدم الوفاء ، فإله لا يكلف نفساً إلا وسعها .
وايضاً : الوسائل تسقط بسقوط مقاصدها ، يقول العز بن عبد السلام :
« كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل » (١) .

ويفصح صاحب البدائع عن روح الشريعة في تعليقه لهذه الاحكام المتعلقة
بالمدين وحبسه (٢) ، فيقول في شرائط وجوب الحبس ، وان اول شرط هو

(١) القواعد ج ١ ص ١٠٩ .

(٢) لم يثبت أن النبي (ص) حبس أحداً في دين قط طوال حياته ، وليس في
الآية دليل على أن للدائن سلطة على شخص المدين لا يجبس ولا بلاءمة ، ولم يعبد في
عصر الخلفاء الراشدين ان مدينا حبس لاجل الدين ، واختلف الأئمة في الدين الذي يجبس
فيه المدين - وليس هنا مقام بسط آرائهم .

راجع مذكرة مبتدأ في الالتزامات ص ٢٦ - ص ٢٨ للرحوم الشيخ
احمد ابراهيم .

« القدرة على قضاء الدين ، حتى لو كان معسراً لا يجبس ؛ لقوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » ولان الحبس لدفع الظلم بإيصال حقه - الدائن - اليه ، ولا ظلم ؛ لعدم القدرة ؛ ولانه اذا لم يقدر على قضاء الدين لا يكون الحبس مفيداً ؛ لان الحبس شرع للتوصل الى قضاء الدين لا لعينه (١) . »

وهنا يصل صاحب البدائع الى روح نظرية التعسف ، فيطبقها على هذه الجزئية ؛ اذ يفرق بين الوسيلة ، وهي هنا حق الحبس ، وبين الغاية وهي الوفاء ، ويحكم بأن هذه الوسيلة المأشروعة لغرض لا لذاتها ، فاذا تعذر تحقيقه كانت الوسيلة باطلة لا يجوز اتخاذها ، لان اتخاذها حينئذ ، اما تصرف لمحض قصد الاضرار ، او للعبث ، وكلاهما لا يفضي الى المقصود المشروع ، فضلاً عن ان الاحكام لم تشرع لذلك ؛ بل شرعت لغاياتها .

ويقول ابن رجب : « وما يدخل في عموم - اي عموم قوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » .. ان من عليه دين لا يطالب به مع اعساره ؛ بل ينظر الى حال يساره . قال تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » وعلى هذا جمهور العلماء خلافاً لشریح في قوله : ان الآية مختصة بديون الربا في الجاهلية ، والجمهور أخذوا باللفظ العام ، ولا يكلف المدين ان يقضي بما عليه في خروجه من ملكه ضرر ، كتيابه ومسكنه المحتاج اليه ، وخادمه كذلك ، ولا ما يحتاج الى التجارة به ... لنفقته ونفقة عياله . هذا مذهب الامام أحمد رحمه الله تعالى (٢) . »

فالآية الكريمة - على ما رأينا - تكشف عن روح الشريعة فيما يتعلق باقتضاء الحق واستعماله ، فتتأى به عن التعسف ، لأنها أميل الى التسامح ؛ بل التصديق ، وهذه الروح لا تتفق والفردية المطلقة .

(١) البدائع ج ٧ ص ١٧٣ .

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٢٧٢ .

ولعل أحكام هذه الآية اوضح مثل على أن مبنى ممارسة الحق هو التسامع والاحسان لا التعادل والمغالاة .

كما تنطوي أحكامها على إعمال مبدأ التضامن بين أفراد المجتمع الاسلامي ، والتساند الذي حث عليه الاسلام ورغب فيه في مواطن شتى من الكتاب والسنة .

ثم انك لا تكاد تجد فاصلاً بين احكامها التشريعية والحلقية : فهي اذ تدعو الى التأجيل الى وقت الميسرة ، تدب وتحث في الوقت نفسه على التسامع والابراء ، وتجعل لهذا الاخير ثواباً أجزل من الانظار .

على ان كنا قد بينا ، أن الحقوق للفردية مشوبة بحق الله تعالى ، وهو امثال أمره تعالى واجتناب نهيه ، أي أنها مقيدة بما يقيد بها الشارع ، وبعض هذه الحقوق متعينة للفرد ، فاباح الشارع للفرد أن يتصرف فيها بالاسقاط ، كما في تنازل الدائن عن الدين لمدينه ، اي ابرائه منه ؛ لقوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون » وهذا بخلاف ما اذا كان المال في يده ، فاراد التصرف فيه واتلافه في غير مقصد شرعي يبيحه الشارع فلا يجوز ، ويجوز عليه فيه ^(١) ؛ لأنه تعسف .

لا يقال إن هذا المال يتصرف فيه مالكة بمقتضى حق ملكيته وبرضاه ؛ لأننا نقول : إن ذلك يصح ان لو كان هذا الحق خالصاً للفرد ؛ ولكننا قررنا أنه ليس كذلك ؛ بل لله أيضاً هذا الحق ؛ لأن المال يعتبر من المقومات الأساسية للمجتمع ، اي من الضروريات ، فلا يجوز اذن التصرف فيه في غير مقصد شرعي ، ومنه الاتلاف والتضييع دون غرض ؛ فلا يجوز التصرف فيه على وجه يؤدي الى اسقاط حق الله فيه ، كالتضييع والاتلاف ، اذ ليس لصاحبه ولا للمجتمع مصلحة في هذا التصرف ، وحق ملكية المال لم يشرع لهذا الغرض العايب ، وهذا هو التعسف

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٦٧ ، الفروق للقرافي ج ١ ص ١٤١ .

في استعمال الحق ، وقد بين الإمام القرافي في فروقه هذا المعنى بقوله : « حَجَرَ
الربُّ تعالى على العبد في القاء ماله البحر ، وتضييعه من غير مصلحة ، ولو رضي العبد
بذلك لم يعتبر رضاه ؛ لأن المال خلق ليكون عوناً للفرد في دنياه وآخرته ،
وتصرفه على وجه الاتلاف استعمال له في غير ما شرع له ^(١) . وذلك بخلاف
التصدق بالدين على المعسر ؛ لانه لمقصد شرعي ؛ ولمصلحة اجتماعية ظاهرة .

وعلى هذا لا يكفي في صحة التصرف رضي المتصرف ، بل لابد - مع ذلك -
من موافقة الشرع ، وفي هذا يقول ابن تيمية : « لابد في صحة التصرف من
رضي المتصرف وموافقة الشرع ^(٢) » .

على ان اهم ما يستخلص من الآية الكريمة مما يتصل بنظرية التعسف - وقد
صرح به العلماء والمفسرون فيما قدمنا - ان الوسيلة - الحق - تسقط بسقوط
مقصدها ؛ اذ لم تشرع الوسائل لعينها ، كما صرح بذلك الكاساني - سلطان
العلماء - وغيره في هذا الصدد ؛ لان استعمال الوسيلة - الحق - مع العلم او في
الغالب من الظن ، انها لا تثمر وتفضي الى المقصود من شرعها ، لا يخلو من
احد امرين :

اولاً - اما لمجرد قصد الاضرار ، وهو ممنوع ؛ اذ لا ضرر ولا ضرار ،
ولانه مناقض لاصل ابتناء الاحكام على المصالح .

ثانياً - واما لمجرد العبث ، والعبث لا يشرع ؛ لمنافاته لاصل المصلح .
وكلا هذين الامرين تعسف في استعمال الحق ؛ لأنه انحراف بالحق عن
غايته ؛ وبذلك تكون الآية اصلاً من اصول التعسف .

(١) الفروق للقرافي ج ١ ص ١٤١ الفرق الثاني والعشرون .

(٢) الفتاوى ج ٣ ص ٨٠٠ .

الدليل الثالث :

قال تعالى : « وإذا طلقتم النساء ، فبلغن أجلهن ، فامسكوهن بمعروف ، أو سرحوهن بمعروف ، ولا تُمسكوهن ضراراً ؛ لتعتدوا ، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ، ولا تتخذوا آياتِ الله هزواً ، واذكروا نعمة الله عليكم ، وما أنزل عليكم من الكتاب والحكمة ، يعظكم به ، واتقوا الله ، واعلموا أن الله بكل شيء عليم » (١) .

وقال تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن ، إن كنَّ يؤمن بالله واليوم الآخر ، وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً .. » (٢) .

ظاهر في هاتين الآيتين ، أن الله سبحانه ، لما أباح تعاطي الأسباب - أي ممارسة الحقوق في هذا المقام - لمن يقصد بها الإصلاح ، دون الإضرار ، إذ ينهي الشارع الزوج أن يستعمل حق المراجعة ، لا لغرض سوى الإضرار بزوجه المطلقة ، « ولا تُمسكوهن ضراراً لتعتدوا » (٣) .

فالفعل المشروع لا تحل مباشرته إذا قصد به قصدٌ فاسدٌ ..
فاذا كانت المراجعة حقاً وضعه الله سبحانه في يد الزوج - بمقتضى عقد الزواج - ليعيد زوجته إلى عصمة نكاحه بعد الطلاق الرجعي ، بقصد أن يستأنفا حياة زوجية كريمة ، يقيمان فيها حدود الله ، فاتخاذ هذا الحق وسيلة لإلحاق الضرر بالزوجة ،

(١) البقرة/ آية (٢٣١) .

(٢) البقرة/ آية (٢٢٨) .

(٣) البزدوي ج ١ ص ٨٩ .

بتطويل العدة عليها ، أو بالجائنها إلى الإقتداء تخلصاً من هذا الاضرار ، أمر لا يبيحه الشرع ؛ لانه تعسف أو استعمال للحق في غير ما شرع له^(١).

يوضح ذلك ما جاء في تفسير القرطبي : « ثبت أن أهل الجاهلية لم يكن عندهم للطلاق عدد ، وكانت عندهم العدة معلومة مقدرة ، وكان هذا في أول الاسلام برهة ، يطلق الرجل امرأته على ما شاء من الطلاق ، فاذا كادت تحمل من طلاقها راجعها ما شاء ، فقال رجلٌ لأمرأته على عهد النبي ﷺ ، لا آويك ولا أدعك تحلين . قالت : وكيف ؟ قال : أطلقك ، فاذا دنا مضى عدتك ، راجعتك » ويفسر الطبري قوله تعالى : « ولا تمسكوهن ضرارا ؛ لتعتدوا » بما يكشف عن تلك الأوضاع التي كانت سائدة في بدء الاسلام ، من قصد الاضرار بالزوجة تحت ستار حق المراجعة هذا ؛ اذ يقول : « ولا تراجعوهن .. الخ - ان راجعتوهن في عددهن - مضارةً لهن ، لتطولوا عليهن مدة انقضاء عددهن ، أو لتأخذوا منهن بعض ما آتيتوهن ، بطلبهن الخلع منكم ، لمضارتكم ايهاهن ، بامساكنكم ايهاهن ، ومراجعتكم ايهاهن ضرارا واعتداء»^(٢).

ويقول ابن عباس : « كان الرجل يطلق امرأته ثم يراجعها قبل انقضاء عدتها ثم يطلقها ، فيفعل ذلك يضارها ويعضلها ، فانزل هذه الآية^(٣) » .

وعن مسروق « ولا تمسكوهن ضرارا » قال : يطلقها حتى اذا كادت تنقضي عدتها ، راجعها ، ثم يطلقها فيدعها ، حتى اذا كادت تنقضي عدتها راجعها ، ولا يريد إمساكها ، فذلك الذي يضار ، ويتخذ آيات الله هزوا^(٤) . ولا خلاف بين الفقهاء في أن من كان مقصده بالمراجعة المضارة فانه آثم بذلك .

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٢٦٨ ج ٣ ص ١٢٦ ، البزدوي

ج ١ ص ٨٩ .

(٢) تفسير الطبري ج ٥ ص ٧ و ٨ .

(٣) المرجع السابق ص ٩ ، الكشف للزمخشري ج ١ ص ١٤٠ .

(٤) تفسير الطبري - ج ٥ ص ٧ - ٨ .

آراء الفقهاء في حكم الرجعة :

وحكى ابن رجب اختلاف الفقهاء في الرجعة بقصد المضارة .

فالإمام مالك يرى : أن من راجع امرأته قبل انقضاء عدتها ، ثم طلقها من غير مسيس ، أنه - إن قصد بذلك مضارتها بتطويل العدة عليها - لم تستأنف العدة ، وبنت على ما مضى منها ؛ وذلك ؛ رداً لقصدہ السيء ، وإن لم يقصد بذلك استأنف عدة جديدة .

وذهب عطاء وقتادة والشافعي في القديم وأحمد في رواية ، الى انها تبني مطلقاً .

وقيل تستأنف مطلقاً ، وهو قول الكثيرين منهم : الزهري والثوري وابو حنيفة والشافعي في الجديد وأحمد في رواية (١) .

ويقول ابن تيمية في تفسير قوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن إن أرادوا إصلاحاً » ، إن هذا نص في أن الرجعة إنما تثبت لمن قصد الإصلاح دون الضرر (٢) .

على أن الرجعة - عند بعض العلماء - صحيحة وإن كانت مع الاثم . وقال بعض العلماء : لو راجع بقصد المضارة ، وعلم الحاكم بذلك المقصد طلق عليه (٣) .

(١) تفسير الطبري ج ٥ ص ٨ .

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٨ .

(٣) الفتاوى ج ٣ ص ٤٠ .

(٤) الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ١٢٢ .

نخلص من هذا ، الى أن حق الرجعة وضعه الشارع في يد الزوج ؛ ليتمكن به من استئناف الحياة الزوجية مع زوجته المطلقة رجعيّاً ؛ ليتفادى بذلك ما عسى أن يكون قد وقع فيه من تسرع في تطليقها ، فيصلح بذلك خطاه ، ويستأنف حياة جديدة ، فاذا اتخذ هذا الحق ذريعة للاضرار بالزوجة ، بأن لم يكن له من قصد بالمراجعة سوى مضارة زوجته ؛ فقد استعمل هذا الحق في غير ما شرع له ، وعرض نفسه للإثم والعذاب الأخروي ، بما اقترف من ظلم .

هذا ، والرجعة لا تثبت على رأي بعض العلماء - كابن تيمية ، وللزوجة أن ترفع أمرها الى الحاكم ؛ ليفرق بينها وبين زوجها المضار كما نقلنا ذلك عن القرطبي ، كما انها لا تستأنف عدة جديدة اذا طلقها أثناء العدة ؛ بل تبنى على ما مضى اذا ثبت أنه قصد المضارة معاملة له بنقيض قصده ، وهو رأي الامام مالك (١) .

والمعاملة بنقيض القصد هنا ، ودّ لتعسفه في استعمال حق المراجعة ، فثبت أن هذه الآية أصل في التعسف ، ووجه التعسف ظاهر ؛ لأنه استعمل الحق لمحض قصد الإضرار ، وهو ما اعتبره العلماء ولا سيما ابن رجب ؛ تطبيقاً لقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » (٢) .



(١) راجع بحث التعسف للأستاذ الشيخ عيسوي ص ٦٥ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ص ٦٥ عدد ١ السنة الخامسة يناير ٦٣ .

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٨ ، المرجع السابق .

الدليل الرابع

قال تعالى: « من بعد وصية يوصى بها أو دين ، غير مضارٍ ، وصية من الله ، والله عليم حكيم »^(١) .

تدل هذه الآية الكريمة على أن الوصية في ذاتها مشروعة ؛ ولكنها ليست مطلقة ، أو خاضعة لتقدير الموصي ، يتصرف فيها كيف يشاء ، ولا مسؤولية عليه في استعمال هذا الحق ، حتى ولو كان هذا الاستعمال متمحّضاً للاضرار بالورثة ؛ إذ الآية صريحة في النهي عن المضارة في الوصية .

وعلى هذا ، فالوصية في الفقه الاسلامي - مقيدة بعدم الاضرار بالورثة ، ولو كانت في حدود الثلث ، أو بما دونه ؛ لاطلاق النهي في الآية .

وللمضارة وجوه ذكرها الفقهاء منها :

أولاً - الوصية لأجنبي بالزيادة على الثلث ، وفي هذا خروج عن جُود الحق ، وبالتالي لا تدخل هذه الصورة في نطاق نظرية التعسف أصلاً ؛ لانتفاء الحق ، الا اذا رضي الورثة بما زاد ؛ لان المنع لحقهم ، وحينئذ لا تعسف ، ولا مجاوزة .

ثانياً - الوصية لوارث ، إيثاراً له على باقي الورثة ، أو إضراراً بهم ، وهي باطلة ، بالاجماع^(٢) .

(١) النساء آية (١٢) .

(٢) ويرى فريق من الزيدية والشيعة الجعفرية ، ان الوصية للوارث وللأجنبي في الحكم سواء ، فتصح الوصية للوارث كما تصح للأجنبي ، وان لم يجزها الورثة ، ان كانت في حدود الثلث ، وهذا ما أخذ به قانون الوصية في الجمهورية العربية المتحدة كما نطقت بذلك المادة ٣٧ .

يقول ابن رجب في كتابه جامع العلوم والحكم : « والإضرار في الوصية تارة يكون بأن يخص بعض الورثة بزيادة على فرضه الذي فرضه الله له ، فيتضرر بقية الورثة بتخصيصه ، ولهذا قال النبي ﷺ : « ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه ؛ فلا وصية لوارث » .

وهذه الصورة باطلة في ذاتها ، وبالتالي لا تدخل في نطاق نظرية التعسف أيضاً ؛ لان النظرية كما هو معلوم - تعتمد وجود حق ، حتى يوصف بالتعسف ، وفي الوصية الباطلة ، الحق منتفٍ أصلاً .

ثالثاً - الوصية بالثلث أو بما دونه ولأجنبي ؛ قصداً إلى الإضرار بالورثة ، وهذه الصورة تدخل في مجال النظرية ؛ لأن الشارع أباح هذه الوصية ؛ فهي مشروعة في ذاتها ؛ فاذا قصد الموصي بهذه الوصية ولو في حدودها المشروعة مضارة الورثة ، غدت غير مشروعة عند فريق من الفقهاء ، وهو قياس مذهب الإمام أحمد^(١) ، ورواية عن الإمام مالك^(٢) .

أما ان الموصي آثم بهذا القصد فمتفق عليه .

وذكر ابن رجب ، ان إعمال الباعث في وصية الضرار ، هو قياس مذهب أحمد ، فضلاً عما روي عنه من القول بردها^(٣) ،

= وإنما قلت باطلة بالاجماع : لانه هو الذي نقل الينا من لدن رسول الله (ص) وهو الذي استقر عليه فقه أهل السنة ، ورأى المجيزين خلاف لا اختلاف ، لضعف السند الذي عولوا عليه . راجع جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٢٦٧ الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج ٥ ص ٨٠ - ٨١ للقرطبي .

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٢٦٧ و ٢٦٨ (٢) الجامع لاحكام القرآن

ج ٥ ص ٨٠ - ٨١ للقرطبي .

(٢) ص ٤٨ وما بعدها .

(٣) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ ، الجامع لاحكام القرآن للقرطبي سورة النساء

الموافقات ج ٢ ص ٢٢٣ للشاطبي ، اعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٤ لابن قيم الجوزية ،

الفتاوى لابن تيمية ج ٣ ص ٣٩ .

وعما روي عن الإمام مالك بذلك أيضاً^(١) .
 فإذا أضفنا إلى ذلك اجتهاد المتأخرين من فقهاء الحنابلة ، كابن تيمية ، وابن
 قيم الجوزية ، واجتهاد العلامة الشاطبي المالكي في كتابه الموافقات في اصول
 الشريعة ، من أن المقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعبادات على سواء ،
 اتضح لنا اتجاه أئمة هذين المذهبين في إعمال الباعث في التصرفات ، دون اشتراط
 ورود ما يفصح عن القصد في التصرفات صراحة .
 هذا ويتخذ ابن تيمية من هذه الآية دليلاً على الاعتداد بالباعث في التصرفات
 والمعاملات .

يقول ابن تيمية : « ان المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبادات ،
 كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فيجعل الشيء حلالاً أو حراماً أو صحيحاً
 أو فاسداً^(٢) » ثم يأتي بالدلالة على ذلك ، ومنها آية النهي عن المضاربة في الرصة
 التي نحن بصدد البحث فيها ، فيقول :
 ودلائل هذه القاعدة كثيرة جداً منها :

- ١ - قوله سبحانه : « وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ، إن أرادوا إصلاحاً » .
- ٢ - وقوله سبحانه : « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا » فإن ذلك نص في
 أن الرجعة إنما تثبت لمن قصد الإصلاح دون الضرر .
- ٣ - ومنها قوله سبحانه : « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار » .
 « فان الله سبحانه قدّم على الميراث وصية من لم يضار الورثة بها ، فإذا أوصى
 ضراراً كان ذلك حراماً ، وكان للورثة إبطاله ، وحرم على الموصى له أخذه
 بدون رضاه »^(٣) .

(١) سيأتي تفصيل القول في نظرية الباعث في الفقه الاسلامي ، وآراء الاصوليين
 والفقهاء في إعماله في التصرفات ،
 (٢) الفتاوى ج ٣ ص ٣٦ .
 (٣) المرجع السابق - ص ٤٠ .

ويقول ابن قيم الجوزية في إعلامه : « قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها ، أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً ، صحيحاً أو فاسداً ، وطاعة أو معصية ... ودلائل هذه القاعدة تقوت الحصر ؛ فمنها قوله تعالى ... « من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار » فإما قدم الله الوصية على الميراث إذا لم يقصد الموصي الضرر ، فإن قصده فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها »^(١).

على أن الأضرار بالوصية من الكبائر^(٢) ، فتتفقد هذه الوصية يعتبر إعانة على الإثم ، والتعاون على الإثم منهي عنه بالنص ؛ لقوله تعالى : « ولا تعاونوا على الأثم والعدوان » .

ويقول ابن عباس : الإضرار بالوصية من الكبائر^(٣) .

وجاء في سنن أبي داود^(٤) : أن رسول الله ﷺ قال : إن الرجل لعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة ، ثم يحضرهما الموت ، فيضاران في الوصية ، فتجب لهما النار ، قال الراوي : وقرأ علي أبو هريرة من هذا « من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار » حتى بلغ « ذلك الفوز العظيم » .

أما ما روي عن الإمام أحمد من القول برد هذه الصورة من الوصية ، فينقله ابن رجب ، ثم يقرر أنه قياس مذهب أحمد إذ يقول :

« وأما أن قصد المضارة بالوصية لا جنبي بالثلث ، فإنه يأثم بقصد المضارة ، وهل ترد وصيته إذا ثبت ذلك بأقاربه أم لا ؟ »

(١) اعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٤ .

(٢) احكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٦٠٠ ، الجامع لاحكام القرآن للقرطبي

ج ٢ ص ٢٥٢ .

(٣) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ و ٢٦٨ لابن رجب ، الجامع لاحكام القرآن

ج ٨٠ و ٨١ ، ج ٨ ص ٦٤ و ص ٦٥ للطبري .

(٤) سنن أبي داود ج ٣ ص ١٥٣ .

« حكي ابن عطية رواية عن مالك أنها ترد ، وقيل انه قياس مذهب احمد^(١) . نعم ، الإقرار أقوى الأدلة على الباعث ، ولكن ليس معنى هذا ، أن مذهب الامام احمد لا يعتمد إلا الاقرار في الكشف عن الباعث والاعتداد به ، فالخباثة يذهبون الى إبطال كل عقد يتبين أن الباعث عليه أمرٌ محظور محرم ، سواء تضمنت صيغته ما يدل عليه ، أم لم تتضمنه ، وكان أمراً باطناً معنوياً ، وان جاز أن يتبدل ؛ ذلك ؛ لأنه قد اتخذ وسيلة الى أمر غير مشروع ، ولم يجعله الشارع وسيلةً الى محظور ، فهو استعمال للحق في غير مآشرع له ، وفي تصحيحه إعانة على المعصية ، والإعانة عليها بأي طريق أمرٌ محظور ، ولا يحتاج بسلامة العبارة ، وخلوها مما يدل على المعصية ، فان الوصول اليها بطريق الغش والخديعة وعلى وجه الخفاء قد يكون أشد نكراً ، واعظم إثماً من الوصول اليها بطريق ظاهر علني ، لان الامر المعلن قد يمكن تداركه وتلافيه والحذر منه ، بخلاف الامر الخفي^(٢) . »

وهكذا نرى أن الخباثة يبطلون كل عقد او تصرف كان الباعث عليه أمراً محظوراً وان لم يصرح بالغرض منه ، كوصية الضرار ، وبيع العينة ، وما يائنها^(٣) ، اذا دلت على ذلك القرائن ، غير أنهم يشترطون علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع الذي لم يذكر في العقد .

واما في المذهب المالكي ، فيذكر القرطبي في تفسيره : « أن مشهور مذهب مالك ، وابن القاسم ، أن الموصي لا يعد فعله مضارة في ثلثه ؛ لأن ذلك حقه ، فله التصرف فيه كيف شاء ، وفي المذهب قول إن ذلك مضارة فترد^(٤) . »

(١) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ لابن رجب - اغانة اللهفان - لابن قيم الجوزية

ص ٣٧٧ و ص ٣٧٨ .

(٢) اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٧٢ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق .

(٤) الجامع لاحكام القرآن ص ٨٠ و ٨١ للقرطبي .

على ابن القاسم نفسه يرى أن الوصية للوارث - ان قصد به اضرار الورثة -
مترد ولو أجازوا ، فاذا قال الموصي : « إن لم يحز الورثة فذلك للمساكين ، فإن
وصيته تبطل وترجع ميراثاً ؛ لانه لما أوصى لبعض ورثته ، ثم جعلها للمساكين
ان لم يحيزوا ، دل ذلك على قصد الضرر بالورثة ، وما قصد به الضرر لا يضي ؛
لقوله تعالى في حق الموصي : « غير مضار » ولخبر « لا ضرر ولا ضرار »^(١).

فابن القاسم يجعل المدار في الإبطال في هذه الصورة على قصد الاضرار ، ولم
يجعله متوقفاً على عدم إجازة الورثة ، مع ان الإبطال لحقهم ، لا لحق الله تعالى ،
فأبطل الوصية رأساً بالبائع غير المشروع .

ومقتضى هذا النظر إبطال الوصية بالثلث ، او بما دونه ولأجنبي ، اذا كان
هذا القصد متوفراً ؛ لتحقيق المناسط ، وقواعد مذهبه كما رأينا تقتضيه ، واطلاق
النهي في الآية يؤيده .

وجملة القول : أنا رأينا فريقاً من الفقهاء لا يبطلون الوصية اذا كانت بالثلث ،
أو بما دونه ولأجنبي^(٢) ، سواء قصد الموصي الاضرار بالورثة أم لم يقصد ، وسواء
أكانت بقليل المال أم بكثيره .

وفريق آخر خالف في ذلك ، وجعل هذه الوصية من وصية الضرار التي
يشملها نص الآية الكريمة ، ولو كانت بالثلث أو بما دونه ولأجنبي ، وجعل المدار
في ذلك على قصد المورث الاضرار ؛ لاطلاق النهي في الآية .

على أن بعض المفسرين جعل هذه الوصية - اي بما دون الثلث ولأجنبي -
داخلة في النهي عن المضاربة في الوصية الواردة في الآية الكريمة ، يقول الزمخشري
في تفسير قوله تعالى : « غير مضار » « أي يوصي بها وهو غير مضار لورثته ،
وذلك أن يوصي بزيادة على الثلث ، أو يوصي بالثلث فما دونه ونيتة مضاربة

(١) احكام الوصية للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ١١٥ .

(٢) احكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٢٠٠ وما بعدها .

ورثته ، ومغاضبتهم ، لا وجه الله تعالى ، (١) .

وهذا صريح في أنه استعمل الحق في غير ما شرع له .

هذا ، ومن الفقهاء من ذهب الى أنه لا يشترط فيها قصد الضرر ؛ بل كل ما يترتب عليه الضرر بالورثة يُبعد وصية ضرار ، ولو لم يقصد الموصي ذلك ، وعلى هذا ؛ فكل وصية ثبت أنها تلحق الضرر بالورثة تكون باطلة ، عملاً بهذه الآية .

وعندي ، أن هذا الرأي يجبر على الموصي في تصرفه بماله وصية ، وبدافع مشروع ؛ ليتدارك ما فاتته ، وفيه له مصلحة ، ذلك ؛ لان هذا الفريق وإن نظر الى واقعة الضرر دون الباعث ، والضرر تجب إزالته في أي صورة من صوره ؛ لكنه لم يحدد هذا الضرر ، فالأخذ بهذا الرأي على إطلاقه يفضي الى ابطال اصل الوصية ، ولو كانت في نصابها المحدد شرعاً ، ويباعث مشروع ؛ إذ ما من وصية الا ويترتب عليها ضرر بالورثة ؛ لأنها تعود حتماً بالنقص على مقدار ما يستحقون بالارث ، وهذا نقض لمشروعية الوصية من اساسها .

مقارنة حق الإيضاء في الفقه الإسلامي والفرنسي

من حيث مفهومه لنظرية النصف

وحق الإيضاء هذا قد استقر الرأي في الفقه الفرنسي - الى يومنا هذا - على اعتباره حقاً مطلقاً تقديرياً ، اي خاضعاً لمحض تقدير الموصي ، يتصرف فيه كيف يشاء ، ولا مسئولية عليه في استعماله ، ولو تمحض للاضرار بالورثة ، ويبرر ذلك

(١) الكشف عن حقائق غوامض التنزيل ، وعيون الاقاييل في وجوه التأويل

ج ١ اول ١٣٥٤ ج ١ ص ٢٥٥ .

راجع خلاف هذا الرأي ، أحكام القرآن للجصاص ، ج ١ من ٢٠٠ وما بعدها ، اذ يعتبر ان وصية الضرار هي الوصية باكثر من الثلث ولو لاجنبي ، ثم يقول : غير ان ذلك اذا كان ضرراً كان الواجب ان يكون باطلا لا موقوفاً على اجازة الورثة ، لاطلاق النهي في الآية ، وهو مذهب ابن القاسم كما رأينا .

عادة ، بأن حق الإيضاء هو التعبير أو المظهر الاسمي للشخصية الانسانية ، بما يجعله حقاً مقدساً ، خاصة وأن رقابة القضاء لا يتصور فرضها في شأن تصرف بالإرادة الاخيرة للشخص قبل وفاته ؛ لان صاحب هذه الإرادة لم يعد موجوداً للدفاع عن تصرفه ، فيجب إذن ان توفر قداسة معينة لإرادة من ماتوا ، ترفعها عن مجال الجدل والرقابة^(١) .

والواقع أن الفقه الاسلامي لا يخلع مثل هذه القداسة على ارادة الموتى ، فالارادة - اذا انحرفت - تناقش ، سواء أ كانت للموتى أم للأحياء ، وليس من مقتضى المنطق أو العدالة ان يعتبر الموت - في ذاته - معصماً تلوذ به المضارة ، لتتجر من رقابة القضاء ، فالضرر يزال ، ولا تجوز مضارة في حياة أو موت .

يقول قتادة في تفسير قوله تعالى « غير مضار » : « إن الله كره الضرر في الحياة وعند الموت ، ونهى عنه .. فلا تصلح مضارة في حياة أو موت^(٢) » .

على أنا قد رأينا أن نص الآية الكريمة في النهي عن المضارة في حق الإيضاء عتيد ، وتضافر على تقييد الوصية بمنع الضرر عن الورثة « السنة » فيما رواه ابو داود^(٣) ، واعتبر الصحابي الجليل عبد الله بن عباس - رضي الله عنها - الاضرار في الوصية من الكبائر ، كما رأينا فريقاً من الفقهاء المحققين ، يوجبون البحث عن العوامل النفسية التي دفعت بالموصي الى الإيضاء ، حتى اذا ثبت - صراحة بالاقرار ، أو ضمناً ، أو بطريق القرائن وملابسات الاحوال - أن الباعث عليه كان محض الاضرار بالورثة ، منعوا تنفيذ هذه الوصية قضاءً ، لما في تنفيذها من التعاون على الاثم والمعصية ، وهذا الاتجاه - فيما نرى - هو الذي يتفق ومقصد الشارع في منحه هذا الحق ، ويدراً التعسف في استعماله بسد الذريعة

(١) أصول القانون ص ١١٤٨ للدكتور حسن كبير .

(٢) تفسير الطبري ج ٨ ص ٦٤ و ٦٥ .

(٣) سنن أبي داود ، ج ٣ ص ١٥٣ .

الى الائم ، والافتئات على حق الورثة ، وهو الذي ارتضاه الفقهاء المعاصرون ، وأخذ به المشرع أخيراً في قانون الوصية في الجمهورية العربية المتحدة^(١) .

آراء الفقهاء المعاصرين في وصية الضرار :

يقول الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه شرح قانون الوصية ، بصدد وصية الضرار - وهي شاملة للوصية التي قصد بها الاضرار بالورثة - ما يلي :

« الوصية في ذاتها ليست معصية ؛ بل هي تمليك مباح ؛ ولكن الباعث عليه أمر محرم .. فإن هذه الوصية ينظر اليها حينئذٍ نظران :

أحدهما : نظر الى كونه تمليكاً مباحاً لمن هو أهل للتمليك .

والثاني : نظر الى الباعث ، فإن الباعث عصيان ، وما كانت الوصايا لذلك ... ، ولذلك أبطل القانون الوصايا التي يكون الباعث عليها لا يتفق مع مقاصد الشرع ، أو بعبارة أوضح ، يكون الباعث عليها معصية ، أو يؤدي قطعاً الى أمور لا يحلها الشارع^(٢) .

ويقول المرحوم الاستاذ الشيخ احمد ابراهيم :

« ومن ذلك - المضارة في الوصية - أن يخرج ماله بالوصية بقصد الاضرار بورثته لأمر ما ، فمن أوصى بماله كله أو ببعضه - ولو دون الثلث - مريداً بذلك حرمان الورثة من ميراثهم كله أو بعضه ، فيسببه باطله ، ولو كانت في الظاهر مصروقة في القرب . وعجيب جداً أن يتقرب الانسان الى مولاه باضرار القريب المأمور بصلته والبر به . »

(١) شرح قانون الوصية - للاستاذ الشيخ أبي زهرة ص ٤٨ - ٥٠ .

(٢) المادة ٣/ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ « يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية ، والا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع » .

(٣) شرح قانون الوصية ص ٤٨ - ٥٠ للشيخ محمد أبي زهرة .

ثم يقول :

« وظاهر الأدلة من الكتاب والسنة ، أنه لا ينفذ من وصية الضرار شيء ، سواء كانت بالثلث ، أو بما فوقه ، أو بما دونه ؛ بل هي ردة على فاعلها ، وعلى هذا تكون أحاديث الاذن بالوصية في حدود الثلث مقيدة بعدم الاضرار »^(١) .

ويأخذ الاستاذ الشيخ علي الحفيف بهذا النظر ، مؤيداً اتجاه قانون الاحوال الشخصية في الجمهورية العربية المتحدة في اعتبار وصية الضرار باطلة ؛ اذ يقول : « إن اختيار القانون لذلك الرأي اختيار موفق ، تسد به الذرائع الى الإثم ، وتجتث أصوله ، ويقضي به على دواعيه »^(٢) .

وفي الواقع ، أنا مادمنا قد سلمنا أن اساس نظرية التعسف هو مقتضيات العدالة وقواعد الاخلاق ، وجب إذن بسط رواقها على جميع الحقوق ، اياً كان نوعها^(٣) ، وأضحى مما ينافي هذا الاصل ، التمييز التحكيمي بين ما هو حق تقديري مطلق خاضع لمشيئة صاحبه في استعماله دون قيد أو رقابة ، وبين ما هو حق مقيد يخضع - إن في بواعث استعماله أو نتائجه - لاحكام نظرية التعسف .

(١) كتاب الوصية وبيان احكامها في الشريعة الاسلامية ص ٢٦ - ٢٧ للشيخ احمد ابراهيم .

(٢) احكام الوصية ص ١١٣ .

(٣) وهذا ما اتجه اليه المشرع في التقنين المدني الجديد ؛ اذ جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي ، بان هذا المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيديّة ؛ لان هذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون .. (فهي) تنطبق على روابط الاحوال الشخصية ، كما تنطبق على الروابط المالية ، وتسري في شأن الحقوق العينية سريانها في الحقوق الشخصية ، ولا تقف عند حدود القانون الخاص ؛ بل تجاوزة الى القانون العام « مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٠٧ .

والخلاصة ، أن هذه الآية - بما هي شاملة للوصية بالثلث أو بمادونه ،
ولأجنبي ، أو لوجوه البرّ والقرب ، تدل على بطلانها على ما هو الأرجح من رأي
المحققين من الفقهاء والمفسرين ، إذا قصد بها محض الاضرار بالورثة ، أو كان
قصد الاضرار هو الباعث الرئيسي على الإيضاء ، لموافقة هذا الحكم لقصد الشارع ،
وبذلك تعتبر هذه الآية أصلاً من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في
الفقه الإسلامي .



المبحث الثاني

أدلة النظرية من السنة

الدليل الاول :

قول النبي ﷺ فيما رواه ابو سعيد الخدري : « لا ضرر ولا ضرار »^(١) .
وجاء في بعض روايات هذا الحديث « من ضارَّ أضر الله به ، ومن شاقَّ شاقَّ الله عليه »^(٢) .

وهذا الحديث وان كان ظنياً باعتبار مسنده ، إلا أن مضمونه يرقى الى مرتبة القطعي ، باستقراء الاحكام الواردة في القرآن والسنة المشهورة : كالنهي عن مضارة كلٍّ من الوالدين الآخر في اولادهما « لاتضار » والدة بولدها ولا مولود

(١) انظر سند هذا الحديث في كتاب جامع العلوم والحكم ، لابن رجب الحنبلي
ص ٢٦٥ .

- وانظر تخريج هذا الحديث بطرقه المتعددة كتاب نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٦١ ،
وما بعدها للعلامة الشوكاني

هذا ، ولا عبرة بانكار ابن حزم لصحة رواية هذا الحديث ؛ لانه جاء مسنداً من
طرق موثوق برجالها ، فضلاً عما اعتضد به معناه من كليات الشريعة وجزئياتها ، كما
يقول الشوكاني - نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٦١ - وما بعدها - وراجع المحلى لابن حزم
ج ٨ ص ٢٤١ و ٤٢٢ .

(٢) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٦١ .

له بولده^(١)»، والنهي عن وصية الضرار، ولو كانت في حدود الثلث أو بما دونه ولاجنبي، أو في وجوه البر والقرب؛ لقوله تعالى: «من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار»^(٢) والنهي عن رجعة الضرار «ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا»^(٣)، والنهي عن الاحتكار؛ لقوله ﷺ: «لا يحتكر إلا خاطيء»^(٤) والنهي عن بيع حاضر لباد، «لا يبيع حاضر لباد»^(٥) والنهي عن استعمال حق الملكية بقصد الاضرار بالغير، كما في حديث سمرة بن جندب في الحاق الضرر بالانصاري صاحب البستان، وقول الرسول ﷺ معللاً الحكم على سمرة بقلع نخلة من البستان «انما أنت مضار»^(٦) لإصراره على المضارة، وثبوت حق الشفعة^(٧) للشريك في العقار أو للجار؛ دفعاً لضرر الشريك الطارئ، الى غير

(١) البقرة/ آية (٢٣٣).

(٢) سورة النساء: آية (١٢).

(٣) البقرة: آية (٢٣١).

(٤) رواه مسلم وابو داود والترمذي وصححه وابن ماجه - وروي بلفظ «من احتكر طعاماً فهو خاطيء» انظر الترغيب والترهيب للندري ج ٢ ص ٥٨٢، وسنن ابن ماجه ج ٣ ص ٧، نيل الاوطار ج ٥ ص ٨٥، وراجع في «الاحتكار» مقدمات ابن رشد ج ٣ ص ٢٩٠، المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٢٠، الطرق الحكيمة ص ٢٨٦ و ص ٢٨٨، ص ٣٠٩ رد المحتار ج ٥ ص ٢٧٨، تبين الحقائق للزيلعي ج ٦ ص ٢٧، إحياء علوم الدين للغزالي ج ٢ ص ٧٤، رحمة الامة ص ١٤٤، الجامع الصغير على هامش الخراج لابي يوسف ص ١٠٥، الاختيار ج ٤ ص ٢٦٦، المحلى لابن حزم، المجلد ٧ ص ٦٤ المسألة ١٥٦٧ مصادر الحق للدكتور السنهوري ج ٢ ص ٨٢. (٥) أخرجه البخاري ومسلم والنسائي وابن ماجه - راجع سنن ابي داود ج ٣

ص ٣٦٧، النووي ج ٤ ص ٨.

(٦) الاحكام السلطانية لابي يعلى الحنبلي ص ٢٨٥، جامع العلوم والحكم لابن

رجب ٢٦٨ وما بعدها.

(٧) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٥ و ص ٧٦ والاشباه والنظائر لابن نجيم تعليق

المجوي ص ١١٨.

ذلك من الاحكام التي تدور كلها على نفي مشروعية ايقاع الضرر، او وقوعه بجميع صورته واسبابه ، الا ما استثنى بدليل .

ويقول الامام الشوكاني : « فانه - اي حديث لا ضرر ولا ضرار - قاعدة من قواعد الدين ، تشهد له كليات وجزئيات »^(١) .

المعنى المراد من اللفظين « لا ضرر ولا ضرار »

آراء اللغويين وشراح الحديث :

اختلف اللغويون وشراح الحديث في المعنى المراد من هذين اللفظين ؛ فصاحب لسان العرب ، يغير في المعنى بينها ؛ اذ يقول : « الضر فعل الواحد ، والضرار فعل الاثنين »^(٢) .

وذهب الى المغايرة ايضاً ابن الاثير، صاحب كتاب النهاية في غريب الحديث والاثر^(٣) ، فيفسر قوله ﷺ :

« لا ضرر » اي لا يضر الرجل أخاه .. « ولا ضرار » : اي لا يجازي على الضرر بالضرر .

(١) نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٦١ .

(٢) جاء في لسان العرب مانصه : « روى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا ضرر ولا ضرار في الاسلام » ولكل واحد من اللفظين معنى غير الآخر ؛ فعنى قوله « لا ضرر » اي لا يضر الرجل أخاه ، وهو ضد النفع . وقوله « ولا ضرار » اي لا يضر كل واحد منها صاحبه ، فالضرار منها معاً ، والضرر فعل واحد » راجع لسان العرب ج ٦ ص ١٥٣ .

(٣) يقول ابن الاثير : فعنى قوله لا ضرر « اي لا يضر الرجل أخاه ، فينقصه شيئاً من حقه ، « والضرار » فعال ، من الضرر ، أي لا يجازيه على اضراره ، بادخال الضرر عليه ، والضرر فعل واحد ، والضرار فعل الاثنين ، وقيل الضرر ابتداء الفعل ، والضرار الجزاء عليه « وقيل : الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع به » وقيل : هما بمعنى وتكرارهما للتأكيد - النهاية ج ٣ ص ١٦ .

آراء الاصوليين والفقهاء في المعنى المراد من اللفظين : «لا ضرر ولا ضرار» ،

ويجكي العلامة الشوكاني الخلاف في الفرق بين اللفظين في المعنى ، ويذكر اقوالا في ذلك منها :

١ - ان الضرار أن تضره بغير أن تنتفع ، والضرر أن تضره وتنتفع أنت به .

٢ - أن الضرار الجزاء على الضرر ، والضرر الابتداء^(١) .

وزهد بعض الفقهاء وأصوليو الجعفرية الى احتمال أن يكون التكرار للتأكيد ؛ بل هو الأرجح عند هؤلاء الاخيرين^(٢) .

وفي فقه المالكية^(٣) : يذكر صاحب المنتقى على موطأ مالك المعاني المحتملة لهذين اللفظين ، ومن ذلك :

(١) نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٦٠ .

(٢) يذهب أصوليو الجعفرية الى ان الارجح هو ان اللفظين بمعنى ، وتكرارها للتأكيد ؛ فقد جاء في كتاب « كفاية الاصول » المجلد الثاني ص ٢٦٦ مايلي :

« الظاهر أن الضرر هو ما يقابل النفع من النقص في النفس او الطرف او العرض او المال ، كما ان الاظهر ان يكون الضرار بمعنى الضرر ، جيء به تأكيداً ، كما يشهد به اطلاق « المضار » على سمة بن جندب » واختار هذا الاحتمال ورجحه ابن حبيب من المالكية - المنتقى شرح الموطأ ج ٦ ص ٤٠ .

وعمدة من قال بالتأكيد : أن لفظ الضرار ، ورد في الكتاب والسنة بمعنى الضرر ، أما في الكتاب فكقوله تعالى : لا تضار « والدة بولدها .. الآية » وكقوله تعالى : « والذين اتخذوا مسجداً ضراراً وكفراً وتفريقاً بين المؤمنين » وكقوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار » .

وفي السنة ماورد في حديث سمة ، من قول الرسول له حين أصر على ايذاء الانصاري والاضرار به ، بدخوله بستانه دون استئذان « انما ات مضار » وكقوله عليه السلام فيما رواه أبو داود في سننه : « ان الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة ، ثم ضرهما الموت ، فيضار أن في الوصية » النهاية ج ٣ ص ١٦ .

(٣) راجع المعاني المحتملة لحديث « لا ضرر ولا ضرار » التي أوردها فقهاء المالكية في نبصرة الحكم ج ٢ ص ٢٥٤ ومعين الاحكام ص ٢٤٤ .

انه يحتمل أن يريد بالحديث « لا ضرر على أحد » بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه ، ولا يجوز له إضراره بغيره .

غير أن بعض فقهاء المالكية يخص الحديث بنفي الضرر عن الجار خاصة ، والنهي عن الإضرار به ، سواء كان مقصوداً أم غير مقصود . فقد ذكر صاحب المنتقى رأي الحشني في ذلك ؛ إذ يقول :

« وقال الحشني : «الضرر» هو مالك فيه منفعة ، وعلى جارك فيه مضرة .

و «الضرر» ما ليس لك فيه منفعة ، وعلى جارك فيه مضرة » .

وتعقب هذا بأنه تخصيص للحديث بلا دليل ؛ إذ الحديث عام^(١) . وبعمومه يشمل كل صور الضرر إلا ما استثنى بدليل ، وهذا ما يؤكده العلامة الشوكاني بقوله : « لا ضرر ولا ضرار » هذا فيه دليل على تحريم الضرر على أي صفة كانت ، من غير فرق بين الجار وغيره ، فلا يجوز في صورة من الصور إلا بدليل يخص به هذا العموم ، فعليك بطلالة من جاوز المضارة في بعض الصور بالدليل ، فان جاء به قبلته ، وإلا ضربت بهذا الحديث وجهه ؛ فإنه قاعدة من قواعد الدين ، تشهد له كليات وجزيئات^(٢) .

وعلى هذا ، فليس الحديث خاصاً بنفي الضرر أو تحريم إيقاعه على الجار خاصة ، لما هو ظاهر فيه من العموم .

هذا ، والمشهور - كما يقول ابن رجب - إن بين اللفظين فرقاً^(٣) ، ويورد رأياً يحمل الحديث على معنى أن الضرر نفسه منتف في الشرع ، وإدخال الضرر بغير حق كذلك .

(١) استيفيد العموم من وقوع التكررة في سياق النفي ، على ما هو المقرر في علم الأصول .

(٢) نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٦٠ .

(٣) ويؤيد ذلك ما رأينا من المغايرة في المعنى لغة .

وعلى هذا فالضرر هو الاسم ، والضرار هو الفعل (١) .

كما يذكر احتمالاً آخر من المعنى للحديث ، وهو : أن « الضرر أن يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به ، والضرار أن يدخل على غيره ضرراً بلا منفعة له فيه ، كمن منع ما لا يضره ويتضرر به الممنوع » وقد رجح هذا المعنى ، ابن عبد البر ، وابن الصلاح (٢) ، وقد ذكره ابن الاثير (٣) .

وجماع القول ، أن النبي ﷺ ، لما نفى الضر والضرار بغير حق ، وأما إدخال الضر على من يستحقه ، فهذا غير مراد قطعاً (٤) .

وعندي ، أنه إذا انتفت مشروعية (٥) الضر بصريح قول النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ، كان ذلك نهياً عن الأفعال التي تؤدي الى الضر مقصوداً أم غير مقصود ، اجتثاً لواقعة الضر في أي صورة من صورها ، تطبيقاً لعموم هذا الحديث في أوسع مدى ، الا ما استثنى منه بدليل .

وبذلك يكون النهي عن الضر في هذا الحديث شاملاً اذا كان الضر ناتجاً عن طريق المباشرة ، أو التسبب مع التعدي ، بارتكاب الافعال غير المشروعة

(١) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) النهاية ج ٣ ص ١٦ .

(٤) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ وما بعدها .

(٥) وانما قلنا ان الحديث يفيد نفي مشروعية الضر وقوعاً أو إيقاعاً ؛ نحرزاً عن القول بما يفيد معناه الوضعي ، من نفي وقوع الضر ، ونفي وقوع مقابلة الضر بمثله ، وهو غير مراد ؛ لانه يخالف للواقع ، واخبار الشارع صادقة ، فوجب حمله على المعنى المقصود ، من نفي مشروعية إيقاع الضر ، او مشروعية وقوعه من أي شخص كان ، سواء على نفسه أم على غيره ، وسواء نتج عن تصرفه في حقه أم في حق غيره ، على سبيل الاعتداء مباشرة أو تسبباً - انظر المادة/١٩ من مجلة الاحكام العدلية وشرحها ج ١ ص ٣٣ للاستاذ محمد سعيد مراد الغزوي .

في ذاتها ، والتي تعتبر اعتداء على ذات الانسان ، او ماله ، او أي حق من حقوقه ، كالامتناع عن اداء ماله من حق مثلا .

وشامل كذلك الضرر الذي يترتب على فعل مشروع في ذاته ، وهذا القسم هو الذي يدخل في نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ؛ فكان الحديث بذلك اصلا لهذه النظرية ، يؤيد ذلك ماورد في الكتاب والسنة من النهي عن المضارة في الحقوق^(١) ، وما أثر من فقه الصحابة ، بمنع كل ذي حق من أن يتسبب باستعمال حقه في ايقاع الضرر بغيره .

اما الكتاب ، فقد أوردنا طائفة من الآيات الكريمة التي تنهى عن المضارة ابان استعمال الحق ، في بحث الادلة المثبتة للنظرية من ذلك :

— النهي عن مضارة الورثة في استعمال حق الايضاء ، والوصية تصرف في حق الملكية .

— النهي عن المضارة في الرجعة ، والرجعة حق ثابت للزوج بمقتضى عقد الزواج .

— والنهي عن مضارة كل من الوالدين الآخر بسبب الولد ، ابان استعماله لما يملك من حق ، فنهى الوالد عن أن يسيء استعمال حق الولاية على ابنه ؛ ليضار الام ، كما نهى الام عن مضارة الوالد ، فيما يملك من حق رضاع ولدها .

فهذه الآيات التي أوردناها على سبيل المثال ، جاءت متضافرة تؤيد حديث ولا ضرر ولا ضرار في شموله للنهي عن المضارة في استعمال الحقوق والتعسف فيها . وأما السنة : فقد نهى النبي ﷺ عن المضارة ابان استعمال حق الملكية ، وقضي باستئصال علة الضرر بعد أن تعذر منعه بغير ذلك ، كما في حديث سمرة ابن جندب ، وقد كان يستعمل حقه في الاستطراق في بستان الأنصاري ؛ للوصول

(١) راجع الادلة التي سبق أن سقناها من الكتاب الكريم التي تنهى عن استعمال الحق بقصد الاضرار — وراجع جامع العلوم لابن رجب ص ٢٦٧ حيث عدد صوراً من استعمال الحق بقصد المضارة ؛ تطبيقاً للحديث .

إلى نخلة ، ولما كان يلزم من استعمال حقه هذا ضررٌ بالانصاري عرض عليه النبي ﷺ حلولاً مختلفة ، وأبى سمرة إلا الإصرار على إيداء الانصاري ، أمر الرسول ﷺ باجتماع النخلة التي يملكها سمرة ؛ لأن بقاءها هو علة بقاء حق الاستطراق لسمرة في بستان الانصاري ، والاستطراق هو منشأ الضرر ، وهكذا دفع النبي ﷺ الضرر الناشئ عن استعمال حق الملكية باستئصال علة العلل ، وقال لسمرة : « إنما انت مضار » وفي رواية أخرى إنه عُدِّلَ ذلك بقوله : « لا ضرر ولا ضرار في الاسلام » وفي هذه الرواية الاخيرة يعتبر الحديث مسوقاً للنهي عن الضرر الناشئ عن استعمال حق الملكية ؛ فثبت ان الحديث اصل عتيد لنظرية التعسف في الفقه الاسلامي أصلاً الكتاب الكريم ، وسنة الرسول ﷺ في هذا الحديث الذي يعتبر من جوامع الكلم .

أما فقه الصحابة فقد كان متمثلاً روح الشريعة ، ففي جانبه العملي - وهو القضاء - رأينا عمر رضي الله عنه يقضي بمنع المالك من التعسف في استعمال حقه في وقائع كثيرة ، كاجباره محمد بن مسلمة على السماح للضحاك بالارتفاق بملكه ، بان ير خليجه في أرض محمد بن مسلمة ، مادام هذا الاخير لا يتضرر من ذلك ؛ بل ينتفع ، وقال عمر رضي الله عنه قوله المشهورة التي تعبر عن استنكاره للتعسف « لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع ، تسقى به اولاً وآخرأ ، وهو لا يضرك ؟ » ولما أصر محمد بن مسلمة على المنع ، أقسم عمر رضي الله عنه بما يشف عن استنكاره الشديد للتعسف بقوله عمر رضي الله عنه : « والله ليمرن به ولو على بطنك »^(١).

وكما في قضائه بمنع الزوج من الكتابيات في ظروف خاصة ، وهو منعٌ للمباح اذا كان يغلب على الظن انه مفضٍ الى ضرر عام^(٢) ، وهو تتابع المسلمين في الزواج من الكتابيات الاجنبيات ، رغبة في جمالهن ، فتترك المسلمات بالزواج ،

(١) المنتقى على الموطأ ج ٦ ص ٤٥ - ٤٦ .

(٢) تاريخ الطبري ج ٦ ص ١٤٧ . احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٣٩٨ .

وهذه فتنة عظمى تحمل المسلمات على الوقوع فيما حرم الله^(١)؛ ففي الحادثة الاولى، قضى بمنع التعسف في حق الملكية دفعاً للضرر عن الفرد، وهنا قضى بمنع التعسف في استعمال المباح بالنظر لما يترتب عليه من ضرر عام، ولا شك أن عمر رضي الله عنه يستوحي في قضائه ما يحكم به حديث «لا ضرر ولا ضرار في الاسلام» لأن تعليله لقضائه ينم عن ذلك، وهو الحديث الذي يلخص روح الشريعة، ويؤكد أصلها العام، من أنها مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد.

هذا، ولم يغب عن أذهان المحققين من الأصوليين الأعلام كالشاطبي في موافقاته^(٢)، وابن رجب^(٣)، أن يجعلوا هذا الحديث أصلاً لما يصدر عن من احكام تتعلق بمجالات الضرر الناشئة عن استعمال الحقوق، والتي سنعرض لها في بحث معايير النظرية، فيؤكد الانام الشاطبي هذا الاصل العام، وانه من المصادر الفقهية التي تصدر عنها احكام التعسف في استعمال الحق، اذ يقول: «فالاصل عصمة الانسان عن الاضرار به وايلامه».

ويقول الاستاذ الشيخ ابو زهرة في شرحه لعبارة العلامة الشاطبي: والاصل دفع الاضرار ما امكن الدفع، لأن صيانة الانسان غيره، والامتناع عن إزال الضرر به وإيلامه باي وجه من وجوه الإيلام، اصل ثابت في الاسلام بقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٤).

(١) تعليل الاحكام للاستاذ الشيخ مصطفى شلي ص ٤٣.

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها.

(٣) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ وانظر تفصيل حالات التعسف في استعمال

الحق وحكم كل حالة تطبيقاً للاصل العام الذي جاء به الحديث: «لا ضرر ولا ضرار».

(٤) كتاب اسبوع الفقه الاسلامي ص ٣٥.

تفصيل القول فيما يسمد حكم هذا الحديث من وجوه الضرر الناشئة
عن استعمال الحق بوجه عام^(١)

إن امتثال النهي في الحديث يكون بأحد أمرين :

أولاً : بالدفع قبل وقوع الضرر .

ثانياً : بإزالة الضرر بعد الوقوع .

وذلك ؛ لأن الضرر ، إما أن يكون متوقعاً أو واقعاً ، فإن كان متوقعاً ،
فالامتثال يكون بدفعه قبل وقوعه ، ومن هنا وضع الفقهاء قاعدة : « الضرر
يدفع بقدر الامكان »^(٢) . ومبدأ « سد الذرائع » الذي أخذ بأصله جميع الفقهاء ،
وتوسع المالكية والحنبلة في تطبيقه قائم على دفع ضرر متوقع ، وهو توثيق
لمبدأ المصالح الذي قامت عليه الشريعة .

وليس العمل بالاستحسان في بعض صورته عند الحنفية إلا تطبيقاً لدفع ضرر
متوقع ؛ فقد قالوا : « إن المالك يمنع من التصرف بعقاره إذا كان يترتب على
تصرفه ضرر فاحش استحساناً لا قياساً »^(٣) لأجل المصلحة .

وإن كانت الضرر واقعاً ، فالامتثال والتنفيذ يكون بإزالته ، أي بإزالة
أسبابه ؛ لمنع استمراره في المستقبل ، والضمان أو التعويض عما وقع ، إن كان
له وجه ؛ لأن كل ما كان واقعاً - وهو غير مشروع - فهو واجب الإزالة .

(١) أي الحق الاستشاري بمعناه الدقيق والإباحات .

(٢) مجلة الأحكام العدلية ، مادة ٣١ .

(٣) تبين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ للزيلعي ... هذا ، ودفع الضرر المتوقع
قبل الوقوع أولى ، لأن الدفع أسهل من الرفع ، وهذا الدفع يمثل « الدور الوقائي
لنظرية التعسف » .

مرى استمرول أئمة المذاهب بحديث «لا ضرر ولا ضرار» في استعمال
حق الملكية .

هذا ، وإذا كان الفقهاء قد أخذوا بحديث^(١) « لا ضرر ولا ضرار » في منع
الأضرار الناشئة عن استعمال الحقوق ، إلا أنهم اختلفوا في التطبيق ، ولا سيما
في حق الملكية .

رأي الإمام الشافعي :

يرى الإمام الشافعي أن حديث « لا ضرر ولا ضرار » ليس نصاً قاطعاً في
منع المالك من التصرف بملكه إذا ترتب عليه ضرر بغيره ؛ بل هو محتمل أيضاً
لنفي الضرر عن المالك في منعه من التصرف بملكه ، ويرى أن في منع المالك
- لدفع الضرر عن غيره - ضرراً أشد ؛ إذ يقول في كتابه الأم : « فإن تأوّل
رجل قول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » فهذا كلام مجمل لا يحتمل لرجل
شيئاً الا احتمال عليه خلافه ، ووجه الذي يصح به ، أن « لا ضرر » في أن
لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه ، « ولا ضوار » في أن يمنع رجل
من ماله ضرراً ولكل ماله وعليه » .

«فإن قال قائل: بل أحدث للناس حكماً على النظر لهم، وأمنعهم في أموالهم
على النظر لهم، قيل له إن شاء الله تعالى: أرأيت رجلاً له بيت يكون ثلاثة

(١) انكر ابن حزم صحة سند هذا الحديث كما ذكرنا سابقاً ؛ ولكنه صرح بصحة
معناه ، وقد رأينا أنه ورد من طرق متعددة موثوق برجالها ، وهذه الطرق يعضد
بعضها بعضاً ، فضلاً عما تشهد لهذا الحديث من كليات الشرع وجزمياته ، كما يقول الإمام
الشوكاني - المحلى ج ٨ ص ٢٤١ - ٢٤٢ ، نيل الاوطار جزء ٥ ص ٢٦٠ .

أذرع في ثلاثة أذرع، في دار رجل له مقدرة، أعطاه به ما شاء، مائة ألف دينار أو أكثر، وقيمة البيت درهم أو درهمان، وأعطاه مكانه داراً مع المال، أو رقيقاً، هل يجبر على النظر له، أن يأخذ هذا الكثير بهذا القليل؟.. أو رأيت رجلاً له قطعة أرض بين أراضي رجل لا تساوي القطعة درهماً، فسأله الرجل أن يبيعه منها مراً بما شاء من الدنيا، هل يجبر على أن يبيع ما لا ينفعه بما فيه غناه؟.. « وذكر أمثلة أخرى بهذا المعنى، إلى أن قال: «فإن قال لا يجبر واحد من هؤلاء على النظر له، قلنا: وكل هؤلاء يقول: إنما فعلت هذا إضراراً بنفسي وإضراراً للطالب إلي»^(١)... الخ».

وهكذا نرى الإمام الشافعي ينكر - بوضوح - أن يقيد المالك في تصرفه في ملكه، ولو أدى إلى الإضرار بغيره؛ بل ولو أضر بنفسه، ولا يتخذ من الحديث حجة في هذا التقييد؛ لأنه مجمل، وقد حمل على معنى رآه الوجه الصحيح لفهوم الحديث كما رأينا.

غير أن المالك إذا قصد الإضرار بغيره في استعماله لحقه؛ فهو يحمل وزر هذا القصد من الإثم.

على أن الإمام الشافعي - رحمه الله - يجد من حق المالك في تصرفه في ملكه في بعض الصور كما سنرى، إلا أنه لا يستند في ذلك التقييد إلى حديث «لا ضرر ولا ضرار»؛ بل إلى أدلة أخرى سنأتي على ذكرها في موضعها إن شاء الله.

رأي الإمام أبي حنيفة في ضري هو الملكية:

لا يأخذ الإمام أبو حنيفة - رضي الله عنه - بحديث «لا ضرر ولا ضرار» كأصل يقيد به حق المالك في التصرف في ملكه قضاءً؛ فلا يمنع من التصرف في ملكه ولو تضرر من ذلك غيره^(٢)، فله أن يفتح ما شاء من النوافذ دون قيد أو

شرط ، وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة ، ولو كان ذلك يوهن جدار جاره ، ولو سقط لا ضمان عليه ؛ لانه ليس متعدياً ما دام يتصرف في دائرة ملكه ، ولا ضمان الا مع التعدي ، أي مجاوزة حدود ملكه ، وهو لا يمنع الا اذا تعلق بملكه حق عيني للغير ، كحق صاحب العلو على السفلى^(١) مثلاً .

وقد عبر الإمام الكاساني عن وجهة النظر هذه بقوله في بدائعه^(٢) : « حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره ، وليس لأحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ، ولا لأحد ولاية المنع عنه ، وإن كان يتضرر به ، إلا اذا تعلق به حق للغير ، فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق » .

ويقول أيضاً : « للمالك أن يتصرف في ملكه اي تصرف شاء ، سواء كان تصرفاً يتعدى ضرره الى غيره أو لا يتعدى ؛ فله أن يبني في ملكه مرحاضاً أو حماماً أو تنوراً ، وله أن يُقعد في بنائه حداداً أو قصاراً ، وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة أو ديماساً^(٣) ، وان كان يهين في ذلك البناء ويتأذى به جاره ، وليس لجاره ان يمنعه ، ولو فعل ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن ؛ لانه لا صنع منه في ملك الغير » أه . أي ليس متعدياً ومجاوزاً حدود حقه .

وجاء في فتاوى قاضي خان^(٤) أن أبا حنيفة يقول : « من تصرف في ملكه لا يمنع عنه وان كان يتضرر به جاره » .

وحكي أن رجلاً شكاً الى أبي حنيفة من بئر حفرها جاره في داره ، ففشي منها الشاكي على جداره ؛ فقال له ابو حنيفة : احفر في دارك بجوار تلك البئر بالوعة ، ففعل ، فنزّلت البئر فكبسها صاحبها .

(١) ابو حنيفة ج ١٠ ٤ للاستاذ الشيخ أبي زهرة .

(٢) البدائع ج ٦ ص ٢٦٣ - ٢٦٤ المبسوط للرخصي ج ١٥ ص ٢١ .

(٣) جاء في القاموس المحيط في مادة (د س) ان الدياس (بالفتح) ويكر

الكن والسرب والحمام (بالتشديد) ج دياميس ودماميس واندمس ... دخل فيه .

(٤) فتاوى قاضيخان (بهامش الهندية) ج ٢ ص ٢٥٦ .

وهكذا لم يُفتِ الامام ابو حنيفة الشاكي بأن له أن يجبر جاره على كبس
بشره قضاءً ؛ بل هداه الى هذه الحيلة ، إطلاقاً ليد كل منها في التصرف بملكه .
وإذا لم يقيد الامام ابو حنيفة حق الملكية قضاءً ، فذلك ؛ لأنه يرى أن
معنى الملك هو حرية التصرف ، فتقييد هذه الحرية نقضُ لاصل الملكية
وأيضاً ؛ لأنه لا يرى أن يدفع الضرر عن غير المالك بضرر المالك ، وضرره
بالمع أشد ؛ لأن حرية تصرفه في ملكه تستند الى حق ، وهو لم يمنع هذا
الحق الا لمصلحة واجحة ، فتقييد حريته يلحق به ضرراً أشد دون
وجه حق .

من الملكية مقبر وبانة عند الامام ابي حنيفة :

رأينا أن الامام ابا حنيفة يطلق حرية التصرف في الملك إطلاقاً تاماً ، ولا
يجعل للقضاء حقاً في التدخل لتقييده ؛ لدفع الضرر عن غير المالك ، شريطة أن
يكون للغير حق عيني متعلق به .

غير أنه يترك التقييد للوازع الديني ؛ فالديانة توجب على المالك ألا يتخذ
من حق الملكية ذريعة الى الاضرار بغيره ، فالمالك إذن ممنوعٌ بحكم
الديانة لا القضاء .

ويمكن القول ، بأن الامام ابا حنيفة - رحمه الله - إذا اطلق من حرية
التصرف في الملك - عملاً بموجب القياس - لان الاصل أن حق الملكية ينحول
صاحبه سلطة التصرف كما يشاء ، مادام في حدود ملكه الموضوعية ، وترك
تقييده لحكم الديانة - فذلك اعتماداً منه على قوة الوازع الديني ، وهيمنة سلطان
العقيدة ، ولا نرى بما يخالف اصل هذا النظر ، تقييد الحق قضاءً إذا ضعف هذا
الوازع بتغير الزمن ، إذا اقتضت المصلحة ذلك ، والمصلحة مقصود الشرع ؛
ولذا رأينا المتأخرين من فقهاء الحنفية ، بمنعون المالك من التصرف في ملكه إذا
كان يضرّ بجاره ضرراً فاحشاً ؛ لحديث « لا ضرر ولا ضرار » ولضعف سيطرة

الدين على النفوس ، فحقت عليهم كلمة القضاء ؛ لمسلمهم على منع الاضرار ..
ويعبر صاحب تبين الحقائق عن وجهة النظر هذه بقوله : « ولو أراد بناء
تنور في داره للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين ، أو رحا للطحن ، أو مدقات
للقصارين ، لم يجوز ؛ لأن ذلك يضر بالجيران ضرراً ظاهراً لا يمكن التحرز عنه ،
والقياس أنه يجوز ؛ لانه تصرف في ملكه ، وترك ذلك استحساناً لاجل
المصلحة ^(١) » .

رأي الامام مالك واهله في مدى استعمال حق الملكية بالاستئجار الى
مريض « لا ضرر ولا ضرار » .

إنخذ الامامان مالك و احمد حديث « لا ضرر ولا ضرار » أصلاً في تقييد
الحقوق كافة ، ولا سيما حق الملكية .

وقد فصل اصوليو ^(٢) الحنابلة والمالكية ^(٣) وفقهاؤهم ، وجوه الضرر التي
تنشأ عن استعمال الحق ، ووضعوا لها الحلول بالاستناد الى حديث « لا ضرر ولا
ضرار » الى جانب الاحكام الجزئية التفصيلية التي تعتبر تطبيقاً لحديث
« لا ضرر ولا ضرار » .

فبعد أن يقرر ابن رجب ، أن المعنى المراد من الحديث « هو نفي مشروعية
الحاق الضرر بغير حق ^(٤) » يُدرج تحت هذا المعنى نوعين رئيسيين من
وجوه الضرر :

« الاول : تمحض قصد الاضرار ، بأن لم يكن للفرد من غرض في استعمال

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - للزيلعي ج ٤ ص ١٩٦ .

(٢) جامع العلوم والحكم ، لابن رجب ص ٢٦٧ .

(٣) الموافقات ، ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها .

(٤) جامع العلوم والحكم ، ص ٢٦٧ .

حقه سوى الاضرار بغيره^(١) .

ويؤيد حكم هذا الحديث بإيراد آيات من القرآن الكريم من النهي عن المضارة في الحقوق^(٢) ، ويؤيد العلامة الامام الشاطبي في موافقاته هذا الاتجاه ، فيستشهد بحديث « لا ضرر ولا ضرار » على منع القصد الى الاضرار أبان استعمال الحق ، فيقول : « لا إشكال في منع القصد الى الاضرار من حيث هو اضرار ؛ لثبوت الدليل على أن « لا ضرر ولا ضرار في الاسلام » ومشيراً الى اساس الحق بقوله : « جلب المصلحة أو درء المفسدة » اذا كان مأذوناً فيه على ضربين^(٣) ... الخ » .

« الثاني : أن يكون له غرض آخر صحيح ، مثل أن يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له ، فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره^(٤) » .

والتصرف في هذه الصورة على نوعين :

الاول : التصرف في الملك على غير الوجه المعتاد :

فاذا تعدى ذلك الى ضرر غيره ضمن ضمان المتعدي .

الثاني : التصرف في الملك على الوجه المعتاد .

وللعلماء فيه قولان مشهوران :

احدهما : لا يمنع من ذلك - وهو قول الشافعي وأبي حنيفة .

الثاني : المنع ، وهو قول أحمد ، ووافقه مالك في بعض الصور^(٥)

فمن ذلك : أن يحفر بئراً بالقرب من بئر جاره ، فيذهب ماؤها ، فإنها

تظلم في ظاهر مذهب مالك وأحمد .

(١) المرجع السابق .

(٢) كآيات التي وردت في النهي عن المضارة في حق الرجعة وحق الإيضاء .. الخ

جامع العلوم والحكم ص ٢٦٨ وما بعدها .

(٣) الموافقات ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها .

(٤) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ وما بعدها .

(٥) المرجع السابق ص ٢٦٩ .

ومن ذلك : أن يفتح كوة في بناءه العالي مشرفة على جاره ، أو يبني بناءً عالياً يشرف على جاره ولا يستره ، فانه يلزمه بستره ، نص عليه أحمد ، ووافقه طائفة من أصحاب الشافعي^(١) .

وكذلك القول في إطالة البناء ومنع الشمس والقمر .

ومن ذلك : ان يكون له ملك في أرض غيره ، ويتضرر صاحب الأرض بدخوله الى أرضه ، فانه يجبر على إزالته ؛ ليندفع به ضرر الدخول ، عملاً بقضاء رسول الله ﷺ في قضية سمرة بن جندب مع الانصاري^(٢) .

وفي رواية عن أحمد « كل ما كان على هذه الجهة وفيه ضرر ، يمنع من ذلك ، فان أجاب وإلا أجبره السلطان^(٣) » .

وبما أوردنا من مسائل حكم فيها الإمام أحمد بمقتضى حديث «لا ضرر ولا ضرار» يتبين لنا مدى صحة قول بعض الكاتبين^(٤) أن الإمام أحمد يقول بنظرية الحق المطلق !! وكيف لا يقول بتقييد الحق وهو الذي اتخذ من قضاء رسول الله ﷺ على سمرة - كما رأيت - أصلاً يقاس عليه كل تصرف في حق الملكية ، إذا تحقق فيه المعنى الذي استدعى حكم التقييد ، وهو الاضرار بغيره على النحو الذي أصاب الانصاري ، ويجبر على الإزالة بحكم السلطان ، حيث قال : « كل ما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلك ، فان أجاب وإلا أجبره السلطان^(٥) » .

وأيضاً ، فان الإمام أحمد إذ يروى عنه هذا الأصل ، نرى تطبيقه له في كثير من المسائل التي قيد فيها حق الملكية بمنع الضرر ، فقد قال أصحابه تخرجاً على مذهبه : ان قوماً اذا اضطروا الى السكنى في بيت انسان ، لا يجدون سواه

(١) المرجع السابق ص ٢٦٩ .

(٢) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٣١٠ .

(٣) جامع العلوم والحكم ، لابن رجب ص ٢٧٠ .

(٤) النظرية العامة للوجبات والعقود للدكتور صبحي المحمصاني ص ٣٩ .

(٥) جامع العلوم والحكم ص ٢٧٠ .

أو النزول في خان مملوك ، أو استعارة ثياب يستدقثون بها ، أو رعى للطحن ، أو دلو لنزع الماء ، أو قدر ، أو فأس ، أو غير ذلك ، وجب على صاحبه بذله بلا نزاع ؛ لكن هل له أن يأخذ عليه اجرا ، فيه قولان للعلماء ، وهما وجهان لأصحاب أحمد^(١).

ويقول ابن تيمية : والصحيح أنه يجب بذل ذلك مجانا^(٢) كما دل عليه الكتاب والسنة ، قال تعالى : « فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون ، الذين هم يراؤون ويمنعون الماعون^(٣) ... الخ » « ومن جوز أخذ الأجرة حرم عليه أن يطلب زيادة على اجرة المثل ، فكل هذا تقييد لحق الملكية الى مدى لم نعهده في الشرائع ، حتى يومنا هذا .

وأيضاً ، قد تقدم أن المالك اذا فتح كوة في بناءه المشرف على الجار ولا يستره - نص عليه الامام أحمد . وهذا تصرف معتاد في حق الملكية ؛ ولكنه يقيده - كما ترى - على نحو لا يضر بالجار .

هذا وسيأتي أن الامام أحمد يوجب على المالك أن يخلي سبيل الجار للاتفاق بملكه ، لا بالامتناع عن الاضرار به فحسب .

وأيضاً ، فان الامام أحمد يأخذ ببدا^(٤) « ستة الذرائع » وهو أصل هام في تقييد الحق من حيث الباعث والمآل ، فكيف يتفق هذا مع القول باطلاق الحقوق ؟ !

(١) الطرق الحكمية ص ٣٠٥ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) سورة الماعون .

(٤) الجامع لاحكام القرآن ج ٢ ص ٥١ وما بعدها - ابن تيمية ص ٥٠٠ ، للشیخ

أبي زهرة .

الثالث : منع الجار^(١) من الانتفاع بملك جاره والارتفاق به :

مذهب الامام احمد أنه لا يجوز المنع اذا لم يلحق بالمالك مضره ، كما في طرح الحشب على جدار الجار ، ووافقه الامام الشافعي في القديم ؛ عملاً بما ورد في الصحيحين ، من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبه على جداره » .

ومن ذلك أيضاً الاجبار على إجراء الماء في أرض جاره عند الحاجة ، روايتان عن أحمد ، والإجبار قول عمر بن الخطاب^(٢) رضي الله عنه .

رأي الامام مالك في الارتفاق ، ملك غيره :

قررنا أن الامام مالك يقيد الحق بمنع الاضرار ، عملاً بحديث « لا ضرر ولا ضرار » فقد ورد في المدونة ، أن المالك يمنع من أن يحفر بئراً تضرّ بئر جاره ، سواء أكان الحفر في وسط ملكه ، أم في غير وسطه^(٣) ، وجاء فيها ايضاً : أنه إذا فتح أحد ابواباً وكُوِيَ في بنائه يُشرف منها على دار الجار وعياله ، فانه يمنع من ذلك^(٤) . فقد جاء في المدونة ما نصه : « قلت : أرايت لو أن رجلاً حفر بئراً بعيدة عن بئر جاره ، وكان أحيائها قبل ذلك ؛ فانقطع ماء البئر الاولى ، وعلم أنه إنما انقطع من حفر هذه البئر الثانية ، أيقضى له على هذا بردم البئر الثانية أم لا في قول مالك ؟ قال مالك : للرجل أن يمنع ، فله أن يقوم على

(١) جامع العلوم والحكم ص ٢٧٠ وما بعدها .

(٢) نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٦٠ .

(٣) الطرق الحكمية ص ٣٦٠ .

(٤) المرجع السابق .

هذا ، فيردم البئر التي حفرها^(١) .

وجاء فيها أيضاً « قلت : أرأيت الآبار التي تكون في الدو ، أليكون لي أن أمنع جاري من أن يحفر في داره بئراً يضر بيئري التي في داري أم لا ؟ قال سمعت مالكا يقول في الرجل تكون له في داره بئر إلى جنب جداره ، فحفر جاره في داره بئراً إلى جنب جداره من خلفه ، قال : إن كان ذلك مضرّاً بيئري جاره منع من ذلك »^(٢) .

« قلت : وكذلك لو أحدث كنيفاً يضرّ ذلك بيئري منع من ذلك في قول مالك ؟ قال : نعم ! قلت : وكذلك لو كانت بئري في وسط داري ، فحفر جاري في وسط داره بئراً يضرّ بيئري ، منع من ذلك ؟ قال : نعم ! ووسط الدار وغير وسطها سواء ، يمنع جاره من أن يحدث في داره بئراً يضر بيئري جاره عند مالك » .

« قلت : فلو أن رجلاً بنى قصراً إلى جانب داري رفعها عليّ ، وفتح فيها أبواباً وكوى يشرف منها على عيالي ، أو على داري ، أليكون لي أن أمنعه من ذلك في قول مالك ؟ قال : نعم ! يمنع من ذلك »^(٣) .

غير أنه روي عن مالك ، أنه لا يميز للجار أن يرتفق بملك جاره إذا احتاج إلى ذلك .

ولكن - عند التحقيق - يتبدى لنا أن ليس ثمة تناقض في مذهبه ، فتقييد الحق بمنع الأضرار هو الأصل كما رأينا ، وأما فيما يتعلق بارتفاق الجار بملك جاره ، فقد جاء في المدونة مانصه : « قلت : أرأيت لو أن لي أرضاً ، وإلى جانب أرضي أرض جارٍ ، وعين لي خلف أرض جارٍ ، وليس لي ممرّ إلا في أرض جارٍ ، فمنعني من الممرّ إلى العين ؟ قال : سمعت مالكا يقول : وسئل رجل له أرض ، وحواليه

(١) المدونة ج ١٥ ص ١٩٧ .

(٢) المرجع السابق ص ١٩٦ .

(٣) المرجع السابق .

زرع للناس في أرضهم ؛ فأراد صاحب تلك الأرض أن يمر بأشيته إلى أرضه في زرع القوم . قال : إن كان ذلك يفسد زرعهم فلهم أن يمنعوه .

وهذا واضح ، فالمفهوم المخالف لهذا القيد : أنه إذا كانت لا يفسد الزرع ، فليس لهم أن يمنعوه ، وبذلك يكون للجار أن يرتفق بأرض جاره إذا لم يلحق صاحب الأرض مضره ؛ وعلى هذا يتسق القول في مذهب مالك بتقييد الحق^(١) .

أما فيما يتعلق بالرجل يسوق عينه إلى أرضه في أرض رجل^(٢) ؛ فقد ورد في المدونة ما يلي :

« قلت : أرأيت لو أن رجلاً له ماء وراء أرضي ، وأرضه دون أرضي ، فأراد أن يجري ماءه إلى أرضه في أرضي ، فمنعته ؟ .. قال : قال مالك : ذلك لك . قال مالك : وليس العمل على حديث عمر بن الخطاب في هذا . »

« وقال بالمنع كذلك فيما إذا أراد أن يحول مجرى مائه في أرض غيره إلى جهة أخرى أقرب^(٣) . »

هذا ماورد في المدونة ، غير أنا إذا رجعنا إلى تعليل الإمام مالك رحمه الله لوجه نظره في هذه المسألة الأخيرة ، رأينا أن حكم المنع هذا مبني على تغير الزمن ، وفساد الذمم ؛ لأنه كان يخشى - إن هو أجاز - أن يدعى المرتفق ملكية الرقبة التي يجري فيها عينه ، وبدهي أن هذا حكم زمني ، فلا تناقض بين ماذهب إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وماذهب إليه الإمام مالك ؛ لتغير الزمن ، فإذا ضبطت المعاملات ، وانتفت الحلة بتبدل الزمن ، عاد التقييد .

وعلى هذا ، فالأصل عند الإمام مالك ، تقييد الحق ، إلا إذا عرض من تبدل وجه المصلحة كما رأينا .

(١) المدونة ج ١٥ ص ١٩٤ .

(٢) المدونة ج ١٥ ص ١٩٢ .

(٣) المرجع السابق .

على أنه قد روى زياد بن عبد الرحمن عن مالك ما يؤيد هذا الذي ذهبنا إليه ؛
إذ يقول : « إن لم يضر ذلك به فليقتض عليه بذلك » (١) .

وجاء في المنتقى على الموطأ تعليل الامام مالك بالمنع كما يأتي : « ولكن
فسد الناس ، واستحقوا التهم ؛ فأخاف أن يطول الزمان ، وينسى ما كان عليه
جرى هذا الماء ، وقد يدعي جارك عليك به دعوى في أرضك » (٢) ... الخ .

وهكذا نرى ، أن الخلاف مبناه اختلاف الزمان ، لا الحجة
والبرهان .

والواقع أن الامام مالك - في تعليقه - قد نظر الى المال ، أي الى مال
العمل بحكم إجبار المالك على السماح لجاره بالارتفاق بملكه ، وما يلزم عن ذلك
من مفسدة الادعاء الباطل بملكية رقبة الارض المرتفق بها ، وهي مفسدة راجعة ،
فمنع ، وهذا هو المسلك الاجتهادي الذي يلزم المجتهد اتباعه (٣) درءاً لاعتساف
المصلحة في التشريع ، والانحراف عنها .

ثم هو لم يهمل العمل بحديث « لا ضرر ولا ضرار » بل لا يزال يعمل به
ويطبقه ؛ اذ الحديث لا يقضي بمشروعية ايقاع اضرار راجعة بالمالك ؛ بل ينفيها ،
فكان الحكم بالمنع في هذا الظرف الذي أشار اليه مالك من مقتضى
العمل بالحديث .

(١) المنتقى على الموطأ ج ٦ ص ٤٧ .

(٢) المنتقى على الموطأ ج ٦ ص ٦ .

(٣) وهو الاصل الذي اقام العلامة الشاطبي الادلة على انه معتبر مقصود شرعاً ،
وانه يلزم المجتهد العمل به توقياً من التعسف في الاجتهاد التشريعي ؛ ذلك الاصل هو
النظر في نتائج الافعال ومآلاتها ، أي الافعال التي لها مآلات متعارضان ، وتكليف
الافعال على ضوءها ؛ جريباً على سنة الله في التشريع ، من اعتبار المسببات في الاسباب ،
والمسببات هي مآلات الاسباب ونتائجها ، الموافقات ج : ص ١٩٨ وما بعدها .

رأي الناهضية في تغيير حق الملكية في ضوء حديث « لا ضرر ولا ضرار »

يخالف ابن حزم رأي الامام مالك في تقييد حق الملكية بما يمنع الضرر عن الغير ، فقد جاء في المحلى « ولكل أحد أن يفتح ما شاء في حائطه من كوة ، أو باب ، أو أن يهدمه إن شاء في دار جاره ، أو في درب غير نافذ أو نافذ ، ويقال لجاره : إين في حقك - ملكك - ما تستر به على نفسك ، إلا أنه يمنع من الاطلاع فقط . . وقال مالك : « يمنع من كل ذلك » (١) .

ويقول ابن حزم (٢) : « وهذا خطأ ، لأن كل ذي حق أولى بحقه » ثم ينفي صحة خبر « لا ضرر ولا ضرار » فيقول : فان احتجوا بالخبر « لا ضرر ولا ضرار » فهذا خبر لا يصح ، لأنه إنما جاء مرسلًا ، أو من طريق فيها زهير بن ثابت ، وهو ضعيف ، إلا أن معناه صحيح ، ولا ضرر أعظم من أن يمنع الموء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره .

ورأي ابن حزم في هذا أقرب الى رأي أبي حنيفة والشافعي .

إلا ان الذي يؤخذ على ابن حزم تضعيفه الحديث ، في حين أنه ورد من طرق متعددة يقوي بعضها بعضاً .

وأيضاً ، قد أقر بصحة معناه ، فما عمدته في تصحيح معناه ؟ إن كانت الأدلة من الكتاب والسنة التي سقناها في صدر هذا البحث ، فلماذا لم يعمل بمقتضى تلك الأدلة ؟ وهي أدلة من القوة - لورودها في الكتاب والسنة - بحيث تنهض بمجموعها دليلاً قاطعاً على تقييد الحق .

وعندي ، أن ابن حزم يعمل هذا الحديث في معناه ، ويختلف مع الامام مالك وأحمد في التطبيق ، فيرى أن ضرر المالك في تقييده في التصرف بحقه اشد ،

(١) المحلى ج ٨ ص ٢٤١ . المسألة ١٣٥٥ .

(٢) المرجع السابق .

فلا يصار اليه لدفع ضرر أخف؛ لأنه خلاف المقرر، وخلاف مقتضى الحديث.
هذا ومن المعروف أن الظاهرية لا يقولون بتعليل النصوص حتى 'يجروا'
القياس فيها ورد فيه النص بتقييد حق المالك، ولا سيما في حق الجار في الارتفاق
بملك جاره؛ فهم لا يميزون للجار أن ينتفع بملك جاره إلا حيث جاء النص، كما
في غرز الجار خشبته في حائط جاره الذي جاء به الحديث.

رأي الجعفرية في تغيير معنى المالك في ضوء حديث «لا ضرر ولا ضرار»

يذهب بعض الجعفرية الى أن حديث: «لا ضرر ولا ضرار» لا يقضي على
عموم السلطنة - أي على سلطة المالك في تصرفه في ملكه - إلا في حالة واحدة:
وهي ما إذا قصد الاضرار دون نفع يعود عليه. أما إذا كان له غرض صحيح
من استعمال ملكه؛ فإنه لا يُمنع، ولو ترتب على تصرفه ضرر للجار أم؛ لأنه
لا يجب تحمل الضرر؛ لدفع الضرر عن الجار^(١).

أما في حالة ما إذا كانت لا يتضرر ولا ينتفع، فيظهر منهم عدم جواز
التصرف، سواء قصد بتصرفه الاضرار أم لا؛ لأن المفروض عدم ورود ضرر
عليه، ولا يلزم من تصرفه جلب نفع، حتى يكون تركه موقعاً في الحرج،
فليس هنا الا عموم السلطنة، وهو محكوم بقاعدة: «لا ضرر ولا ضرار».

ويقولون: «ان سلطة المالك لا ترتفع بضرر الجار، إلا إذا لم يكن
عدم تسلطه موجباً لتضرره، كما إذا لم يكن حفر البئر في داره موجباً لتضرره؛
بل يحفره تشبيهاً^(٢)».

وخلاصة هذا الرأي: أن المالك إذا تصرف في ملكه لحض الاضرار بالغير

(١) منية الطالب في حاشية المكاسب . (في الفقه الجعفري) . طبع إيران

فانه يمنع ، ولا شك أن التصرف العابت - دون جلب نفع او دفع ضرر - مظنة هذا القصد .

ومؤدى ذلك أن التصرف يجب أن يكون لغرض مشروع ، أو لمصلحة تستجلب ، وحق الملكية انما تقرر لغرض ، فاستعماله في العبث تعسف ؛ لانه استعمال للحق في غير ما شرع له ، واذا كان هذا الاستعمال التعسفي محكوماً بقاعدة لا ضرر نتج عن هذا أمران :

الأول : ان الجعفرية يقيدون حق المالك بقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » على الجملة .

الثاني : انهم يأخذون بنظرية التعسف في معيارها الذاتي في تمحض القصد الى الاضرار ، او قيام مظهره في التصرف العابت الذي يؤدى الى الاضرار بالغير .

الدليل الثاني :

عن ابن عمر قال : « من النبي - ﷺ - أن يبيع حاضر لباد . رواه البخاري والنسائي » .

وعن ابن عباس قال : « قال رسول الله - ﷺ - : لا تَدَقُّوا الرِّكَبان ، ولا يبيع حاضر لباد . ف قيل لابن عباس : ما قوله لا يبيع حاضر لباد ؟ قال . لا يكون له سمساراً ^(١) » .

— وعن انس بن مالك : ان النبي ﷺ قال : « لا يبيع حاضر لباد وان كان أخاه أو أباة ^(٢) » .

يحتمل هذا الحديث معنيين :

أحدهما : ان الحاضر ^(٣) لا يدع البادي ^(٤) يبيع حسب معرفته ؛ بل ينصحه ان يتولى عنه البيع ؛ ليبع له بثمن أعلى .

الثاني : ان يبيع الواحد من اهل البلد الآتين اليها من غير اهلها ما يحتاج اليه هؤلاء الاهلون ، وذلك ؛ طمعاً في زيادة الثمن والربح غير المعتدل ^(٥) ، والعلة في النهي - على كلا المعنيين - واضحة ، وهي ان في هذا العمل اضراراً بأهل البلد .

وهذا الحكم وان كان يلزم عنه غيب البادي - وهي مفسدة - غير انها مرجوحة بالنسبة لمصلحة اهل البلد ، والرفق بالجماعة ؛ اذ يشتركون ما يحتاجون اليه بثمن

(١) أخرجه البخاري ومسلم والنسائي وابن ماجه .

(٢) سنن أبي داود ج ٢ - ص ٣٦٧ .

(٣) الواحد من اهل البلد .

(٤) القادم الى البلد من غير اهله سواء أكان من البادية ام من القرية ام من بلد آخر

التنوي ج ٤ ص ٨ .

(٥) التنوي ج ٤ ص ٨ - راجع مصادر الحق ج ٢ ص ٩٠ - ٩٢ للدكتور

السنهوري .

وخصيص ومعقول، في حين ان مصلحة الفرد لم نهدر؛ اذ كل ما افاده الحديث ان تسير الامور في البيع سيراً تلقائياً، يترك فيه البادي يبيع بنفسه، والنهي هنا فيه نظر الى منفعة الجماعة دون منفعة الفرد، وهذه ميزة الفقه الاسلامي في تقديم المصلحة العامة على الخاصة؛ بل تقديم كل مصلحة راجحة، دون التفتات الى ما يلزم عنها من مفسدة مرجوحة، وتلك نظرة موضوعية مادية توازن بين المصالح والمفاسد، ولا يلتفت فيها الى الناحية النفسية من قصد الاضرار.

هذا، وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا البيع، فمنهم من اجازاه مطلقاً، مثل ابي حنيفة وعطاء ومجاهد وعطاء^(١)، وذلك بحمل النهي على كراهة التزيه لا التحريم، او اعتماداً على حديث: «الدين النصيحة» لانهم رأوا ان نهي الحاضر عن ان ينصح البادي ويعرفه بالسعر مناقض لقوله ﷺ: «الدين النصيحة»^(٢) على ان بعض الحنفية حمل النهي على الكراهة التحريمية^(٣).

ويذهب الشافعي الى انه اذا وقع فقد تم وجاز، ويقول في الام: «ان بيع الحاضر للبادي جائز غير مردود، والحاضر منهى عنه»^(٤).

ولا خلاف عند الفقهاء جميعاً في ان الحاضر آثم ديانة.

يقول صاحب الفتح: لا نعلم خلافاً في الاثم.

«وفي رواية عن أحمد انه صحيح؛ اذ سئل عن بيع حاضر لباد، يقال: لا بأس به، ف قيل له: فالجبر الذي جاء بالنهي؟ قال: كان ذلك مرة، فظاهر هذا صحة البيع، وان النهي اختص بأول الاسلام، لما كان عليهم من الضيق في ذلك، وهو قول مجاهد وابي حنيفة واصحابه»^(٥).

وذهب آخرون الى انه باطل، كالحنابلة والمالكية.

(١) النووي ج ٤ ص ٨. المغني ج ٤ ص ٢١٥.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٣٨.

(٣) فتح القدير ج ٦ ص ١٠٦.

(٤) المغني ج ٤ ص ٢١٥ والموافقات ج ٣ ص ٢٥٩-٢٦٠.

(٥) المغني ج ٤ ص ٢١٥.

جاء في المغني : « فان باع حاضر لباد فالبيع باطل » (١) .
ويقول ابن القيم : ولكن نهى النبي ﷺ ان يبيع حاضر لباد ، اي يكون له ممساراً ، وقال : « دعوا الناس يرزق بعضهم بعضاً » فنهى الحاضر العالم بالسعر ان يتوكل للبادي الجالب للسلعة ؛ لانه اذا توكل له - مع خبرته بحاجة الناس - أغلغى الثمن على المشتري ، فنهاه عن التوكل له ، مع ان جنس الوكالة مباح ، لما في ذلك من زيادة السعر على الناس (٢) .

وظاهر من كلام ابن القيم ان المباح يتقيد بمنع الضرر عن العامة ؛ فمنع الشارع ممارسة المباح اذا لزم عنه مفسدة راجحة .

والواقع ان هذا تطبيق لمبدأ سد الذرائع الذي ينظر الى مآلات الأفعال فيعتبرها ، ويتكيف الفعل بالشرعية او عدمها حسب ما يفضي اليه استعمال الفعل من مآل ونتيجة .

وفي مسألتنا هذه ، ان جنس الوكالة - وان كان مباحاً - غير أنه لا يجب اطلاق القول بالشرعية ، بالنظر الى ما يفضي اليه ذلك من ضرر بالعامة ، يقول الامام الشاطبي : « النظر في مآلات الافعال معتبر مقصود شرعاً » وهذا اصل عظيم يؤصله الامام الشاطبي ؛ ليدراً التعسف في الاجتهاد ، حتى لا تتناقض الاحكام في الجزئيات مع الاصل العام الذي قامت عليه الشريعة ، من جلب المصالح ودرء المفاسد ، وان درء المفاسد مقدم على جلب المصالح .

وتطبيقاً لهذا الاصل يتضح ان اطلاق القول بالاباحة في التوكيل للحاضر يؤدي الى الاضرار باهل البلد ، وهذا هو القياس الفاسد الذي اشار اليه ابن القيم حيث يقول : « وصاحب القياس الفاسد يقول : فله ان يتوكل للبائع الحاضر وغير الحاضر ؛ ولكن الشارع راعى المصلحة العامة » (٣) .

(١) الطرق الحكيمة ص ٣٠٨ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق ، وراجع ايضاً ص ٢٨٤ من نفس المرجع .

على أن هذا الأصل لا يقتصر تطبيقه على المباح ؛ بل يشمل الواجب أيضاً ،
وبيان ذلك :

ان الحنفية تمسكوا بإجازة هذا البيع مطلقاً بحديث « الدين النصيحة » ولا
شك ان تقديم النصيحة الى المسلم امر واجب ، والنصيحة هنا تعريف البادي
بسر الوقت الذي يجبهه ، وتبصيره به دفعاً للضرر عنه من الغبن ، وهو امر
مطلوب كما قدمنا ، غير ان هذا يترك ايضاً - كما يقول الامام الشاطبي - بالنظر
الى ما يؤول اليه العمل به من مفسدة مساوية او راجحة ، فمنع بيع الحاضر
للبادي في الأصل منع من النصيحة^(١) الا ان فيه ارفاقاً لاهل الحضر ، وهو من باب
الحكم على الخاصة لأجل العامة .

ويقول الشيخ دراز شارحاً هذا المعنى : وحل اعتبار النهي مالم يكن فيه
معارضة مصلحة الخاصة مع مصلحة العامة ، فتقدم المصلحة العامة ، وذلك كتلقي
الركبان ؛ فانه ضروري او حاجي لكسب الشخص لعياله ، وإهمال هذا الكسب
وتركه منهي عنه ؛ ولكنه يؤدي الى مصلحة العامة ، حيث يشترون حاجاتهم
بدون تعنت الوسيط الذي يرفع الأثمان ، فهو منهي عنه يؤدي الى مطلوب هو
ارفاق العامة ، فقد تمت مصلحة العامة ، مثله بيع الحاضر للبادي ، هو من الضروري
او الحاجي ، وهو نصح مطلوب ، وتركه منهي عنه ؛ لكن هذا الترك فيه تعاون
ورفق بأهل الحضر ؛ لان البدوي يبيع لهم حسبما يفهم هو في الاسعار ؛ ولكن
الحاضر اذا باع له يقف على الاسعار الجارية في الحضر ، وفيه تضيق عليهم ، فالنهي
النهي عن ترك النصح ؛ ودوعي المطلوب وهو التعاون ؛ رفقاً بالحضر ؛ وتقديماً
للمصلحة العامة^(٢) . واذا كان هذا النهي لتحقيق حكمة مقصودة للشارع ، فيجب
تحريمها ، ولذلك وضع صاحب كشف القناع شروطاً لإبطال هذا البيع ، كي
لا يعتسف هذا الإبطال الحكمة المقصودة منه ؛ اذ يقول :

(١) الموافقات ج ٣ ص ٢٦٠ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٥٨ و ٢٥٩ . في الهامش .

(و كذا بيع حاضر لباد ؛ بأن يكون ممساراً له - ولو رضي الناس فيحرم ولا يصح ؛ لبقاء النهي عنه ، لقول أنس : نهينا ان يبيع حاضر لباد ، ولو كان لآبيه وامه ^(١) » ويشترط شروطاً خمسة :

اولاً : ان يحضر البادي ^(٢) لبيع سلعته لا لحزنها او أكلها ، لأن في هذا توسعةً لاتضييقاً .

ثانياً : ان يريد بيعها بسعر يومها ؛ لانه اذا قصد ان لا يبيعها رخيصة ، كان المنع من جهته . لامن جهة الحاضر .

ثالثاً : ان يكون جاهلاً بالسعر .

رابعاً : ان يقصده حاضر عالم بالسعر .

خامساً : ان يكون بالناس اليها حاجة ؛ لانهم اذا لم يكونوا محتاجين لم يوجد المعنى الذي نهى الشارع لأجله ^(٣) .

وفي هذه الشروط اشارة من صاحب الكشف الى وجوب استعمال الحق فيما شرع له ، فلو لم يكن بالناس حاجة مثلاً لكان ابطال البيع تعسفاً ؛ لانه امتعمل في غير الغرض الذي شرع لأجله ، وكذلك اذا لم يتحقق اي شرط من الشروط السابقة ، فالنهي على هذا مشروط لامطلق . تحريماً للمصلحة .

على ان الممعن في حكمة هذا الخبر يرى انه تحريم لضرب من الاحتكار .

واختلاصة : ان البيع بوجه عام - وكالة او اصاله - ممارسة لحرية التجارة ،

وهي من الاباحات ، وقد اذن فيه الفرد ؛ لما يتعلق به من مصلحة خاصة حاجية ، هي ارفاق اهله واولاده بما يرفع عنهم الضيق والعسر ، وقد تتعلق به مصلحة ضرورية ، كما

(١) متفق عليه .

(٢) قدمنا انه اعم من ان يكون بدوي او قروياً او حضرياً من أهل بلدة

أخرى ؛ لان علة النهي تتحقق في كل قادم من هؤلاء ، وهي التضييق على أهل البلد .

(٣) كشف القناع ج ٣ ص ١٤٨ .

إذا توقفت حياته وحياة امرته على هذا السعي ، وإيا ما كان فقد قيد الرسول ﷺ هذه الاباحة بما يمنع الضرر عن العامة ؛ لان مصلحتهم مقدمة .

وواضح ان الترجيح هنا اساسه الموازنة بين النفع الشخصي وما يلزم عنه من مفسدة ، حتى إذا لزم عن المصلحة الخاصة ضرر عام ، رجحت كفه الضرر ؛ فمنع الفعل المشروع في الاصل ، وهذا هو ما تقضي به نظرية التعسف .

هذا ، ولا ينظر في هذه الموازنة الى القصد ؛ بل تقوم الموازنة على امور واقعية مادية موضوعية ، وهذا هو الحكم في كل حالة يقضي الشرع فيها بتقديم المصلحة العامة ، كما هو الحكم في كل مصلحة خاصة مشروعة اذا لزم عنها مفسدة مساوية او راجحة تلحق بالافراد ، اي ان المفساد الراجحة اللازمة عن الافعال المشروعة في الاصل يمنع ما يؤدي اليها ؛ ولو كان في الاصل مشروعاً ، دون نظر الى النية او القصد ، والنظر موضوعي مادي بحت كما ترى ، او بعبارة اخرى ، يمنع التسبب في ذلك ولو كان القصد شرعياً ، بان كان ينوي جلب الرزق لاهله وعياله ، وهو امر مطلوب شرعاً ، وبالبداية لا يخالف هذا التسبب الحكمة التي من اجلها شرع هذا الحق ، وهو ارفاق اهله ؛ ولكن هذه الحكمة تظل مشروعة اذا لم تتناقض مع المبادئ العامة للتنظيم التشريعي الاسلامي ، حتى اذا تناقضت ، بان تعارضت المصلحة الخاصة مع العامة مآلاً ، تكيف الفعل بهذا المآل غير المشروع ؛ سداً للذريعة ، وهذا هو جوهر فكرة التعسف ودورها كما بينا .

ومما تقدم يتضح ما قررناه سابقاً ، من ان ممارسة الفعل المشروع في الاصل قد تكون على الوجه المعتاد شرعاً في ذاتها ، والباعث على التصرف - في حد ذاته - سائماً ايضاً ، ومع ذلك يمنع الفعل بالنظر لمناقضة نتيجته لمبادئ التشريع العامة . وعلى هذا فلا تعلق لنظرية التعسف ، بالمعتاد وغير المعتاد من الاستعمال ، بل تتعلق اساساً بالباعث على الفعل ، او بالنتيجة المادية التي تترتب على ذلك الفعل المشروع في ذاته ، او بهما معاً ، كما سيأتي تفصيله في معايير النظرية .

هذا . ولا بأس بأن نشير هنا الى مبنى الخلاف في حكم هذا المنع ، حيث قال بعضهم : انه جائز مع الكراهة ، وقال آخرون انه باطل .

فاصل الخلاف ، ان النهي لوصف مجاور منفك ، هل يقتضي التحريم والبطلان او الكراهة فقط ؟

فذهب الحنفية والشافعية الى ان هذا النهي لا يترتب عليه الا الكراهة فقط ، وهو رأي الجمهور ، وخالف في ذلك اهل الظاهر وبعض الحنابلة ، وذلك كالصلاة في الارض المغصوبة ، والبيع عند النداء ، وبيع حاضر لباد بالوكالة عنه ، ونحو ذلك ؛ لان النهي في هذه البيوع لامر مجاور منفك عن البيع ، وليس جزءاً من الاتفاق او العقد ، فكانت هذه البيوع منعقدة تترتب عليها آثارها عند الجمهور .

وذهب اهل الظاهر والمالكية وبعض الحنابلة الى فسادها ؛ للنهي عنها ؛ لانها وقعت على خلاف ما يطلب الشارع ؛ فكانت بوضعها الذي وجدت عليه غير مشروعة ، واذا كانت غير مشروعة لم يترتب عليها اثرها الشرعي ، وربما احتجوا بما احتج به الشافعية من قوله ﷺ : « كل عمل ليس عليه امرنا فهو رد » اي مردود ، والامور المنهى عنها مطلقاً سواء اكان النهي لوصف ملازم ، ام لوصف مجاور ، ليست على هذا الوضع الذي رغب فيه الشارع فيتناولها قوله « كل عمل ليس عليه امرنا فهو رد » واذن تكرن مردودة ، والمردود باطل^(١) .

(١) راجع كتب ، الاصول في باب النهي .

الدليل الثالث :

روى أبو داود في سننه ، من حديث أبي جعفر محمد بن علي ، أنه تحدث سمرة بن جندب ، أنه كان له غدق من نخل في جائط رجل من الأنصار ، ومع الرجل أهله ، وكان سمرة يدخل الى نخله فيتأذى به ، وشق عليه ، فطلب اليه أن يناقله فأبى ، فأتى النبي ﷺ ، فذكر ذلك له ، فطلب اليه النبي ﷺ أن يبيعه ، فأبى ، فطلب اليه أن يناقله فأبى ، قال : فيه له ! ولك كذا وكذا أمراً رغبة فيه فأبى ، فقال : أنت مضار ، وقال النبي ﷺ للأنصاري « اذهب فاقلع نخله » (١) .

وقد ورد هذا الخبر في روايات متعددة ، وادعى تواترها مع اختلافها لفظاً ومورداً (٢) .

وقد أورد ابن رجب هذا الحديث يستدل به على إيجاب المالك على المعاوضة ، حيث كان على شريكه ضرر في شركته ، وهذا نظير إيجاب الشفعة لدفع ضرر الشريك الطارئ (٣) ، وأورده تطبيقاً لحديث « لا ضرر ولا ضرار » . على أن الحديث ، وإن كان فيه دلالة على وجوب دفع الضرر الراجع للآزم

(١) سنن أبي داود - باب القضاء - الاحكام السلطانية لا يعلى الخنبلي ص ٢٨٥ ، جامع العلوم والحكم ، لابن رجب - انظر الروايات المتعددة التي روى فيها الخبر - من ص ٢٩٦ وما بعدها .

(٢) « كفاية الاصول » (في اصول الجعفرية - محمد كاظم الخراساني ١ مجلد ٢ ص ٢٦٦ - طبع إيران .

(٣) المرجع السابق - وراجع القواعد ، لابن رجب ايضاً ص ١٤٧ - ١٤٩ .

من استعمال حق الملكية (باستئصال سبه) ، غير أنه يصار أولاً الى التوفيق بين المصلحتين ما أمكن التوفيق ، وذلك واضح من تقديم الرسول ﷺ الحلول المختلفة ، تارة عن طريق المعاوضة من الناحية المادية ، والتغيب في الثواب الاخروي من الناحية المعنوية تارة أخرى .

أما قضاؤه ﷺ باستئصال الملك ، فإلما جاء كحل نهائي حاسم ؛ لدفع الضرر حيث لم 'تجد وسيلة' أخرى ناجعة لذلك^(١) .

على ان هذا القضاء من الرسول ﷺ - فيما نرى - اقتضته السياسة الشرعية ، وهو وجوب دفع الضرر بأي وجه كان ؛ فقد انطوى على جزاء بالتعسف سمة واصراره على الاستمرار في إيقاع الأذى بالانصاري .

أما القضاء الذي تقتضيه القواعد ، فهو ما تقدم ذلك من الحلول التي ترمي الى التوفيق بين المصلحتين ، دون أن يكون ثمة افتئات مصلحة على أخرى ، حتى اذا كان ثمة ضرر يسير في هذا التوفيق وجب تحمله لدفع ضرر أشد ، وهذا ما أصله ابن رجب الحنبلي في قواعده^(٢) .

وبامعان النظر في الحديث يبدو أن سمة تمسك بما يخوله حق الملكية من سلطة ، وهو ما يقتضيه القياس ، من أن الناس مسيطون على املاكهم ؛ عملاً بالعمومات الواردة في هذا الشأن « لا يجل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه » وأن عقود المعاوضات خاضعة لمبدأ الرضاية « إلا ان تكون تجارة عن تراضٍ منكم » وأن حق الملكية مصون ، لا يجوز الاعتداء عليه بأي وجه ، « المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه » غير أن حديث « لا ضرر ولا ضرار » قاضٍ على هذه العمومات ، ويخصص لها ، لكن هذه الحكومة ، أي حكومة قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » على العمومات ، مشروطة هنا - فيما يتعلق

(١) يقول ابن رجب في قواعده : فالامر بالقلع هنا انما كان عند الاصرار على

المضارة من عدم قبول ما يدفع ضرر المالك » ص ١٤٧ - ١٤٩ .

(٢) القواعد ص ١٤٧ - ١٥٠ .

بحق الملكية - بأن يكون الضرر اللازم عن التصرف فيه أشد ، وفي هذه الحال لا يجوز التمسك بالقياس ؛ لانه مخصوص بالحديث .

ويرد ابن القيم على من تمسك بالقياس ، وهو حرية تصرف المالك في ملكه باطلاق ، دون نظر الى اللوازم الخارجية لهذا التصرف من الاضرار الراجعة اللاحقة بالغير ؛ إذ يقول : « صاحب القياس الفاسد يقول : لا يجب عليه أن يبيع شجرته ، ولا يتبرع بها ، ولا يجوز لصاحب الارض أن يقلعها ؛ لانه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ، وإجباره على المعاوضة عليه ، وصاحب الشرع أوجب عليه - اذا لم يتبرع بها - أن يقلعها ، لما في ذلك من مصلحة صاحب الارض بخلاصه من تأذيته بدخول صاحب الشجرة ، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة ، وإن كان عليه في ذلك ضرر يسير ، فضرر صاحب الارض ببقائها في بستانه أعظم ؛ فان الشارع الحكيم ، يدفع اعظم الضررين بأيسرهما ، فهذا هو الفقه ، والقياس ، والمصلحة ، وإن أباه من أباه ،^(١) .

على أنا نلاحظ أن القضاء وارد في تعارض الحق الفردي مع مصلحة خاصة ، أو مع حق فردي مثله ، وأن الرسول ﷺ قد أوجب استئصال شاة علة الضرر وهو بقاء الملك ؛ دفعا للضرر الأشد ، أو قل دفعا للتعسف في استعمال الحق ، وهكذا نرى ، أن درء التعسف يتخذ صورة ترجيح مصلحة على أخرى ؛ عملا بالقاعدة المقررة في الفقه الاسلامي « الضرر الاشد يزال بالاخف »^(٢) وهي التي أشار اليها ابن القيم في الرد على من تمسك بالقياس في صدد استعمال حق الملكية .

والواقع ، أن هذا القضاء يدل بطريق فحوى الخطاب ، أو المفهوم الموافق على

(١) الطرق الحكيمة - لابن قيم الجوزية - ص ٣١٠ ، مجلة الاحكام العدلية

مادة ٢٧ .

أن الحكم كذلك من باب أولى ، فيما اذا لزم عن استعمال الحق الفردي ضرر عام ؛ لأن الضرر العام أرجح بالبداة .

وقد أشار ابن القيم الى ذلك حيث يقول :

« والمقصود أن هذا دليل على وجوب البيع لحاجة المشتري ، وأن حاجة هذا من حاجة عموم الناس الى الطعام وغيره » ، ويشير بذلك الى حكم الاحتكار وأنه المنع ، والاجبار على المعاوضة بشمن المثل ؛ رعاية للحقين .
ويتوسع في القياس ؛ استقصاء للمصلحة التي قصدها المشرع في هذا الحكم ، فيقيس المنافع على الاعيان في حكم الإجبار على المعاوضة ؛ حاجة العامة ؛ دفعاً للضرر الأشد ، فيقول : « والحكم في المعاوضة على المنافع اذا احتاج الناس اليها كمنافع الدور ، والطحن ، والحبز ، وغير ذلك - حكم المعاوضة على الأعيان »^(١).

من الملكية الفردية وسيله أمن وعمل :

نخلص من هذا ، الى أن الحديث دليل يبين على أن الحق الفردي لا يُشرع استعماله - سلباً او ايجاباً - إذا لزم عنه ضرر راجح بالغير ، ولو كان لصاحبه غرض صحيح في هذا التصرف ، ويمنع من ذلك ؛ فضلاً عن انه يأثم اذا قصد الاضرار

ويتخذ الامام أحمد من هذا الحديث أصلاً عاماً يقاس عليه من الوقائع ما كان في معناه ، فقد قال فيما رواه حنبل ، بعد أن ذكر له هذا الحديث : « كل ما كان على هذه الجهة ، وفيه ضرر ، يمنع من ذلك ، فان أجاب ، وإلا أجبره السلطان ، ولا يضر بأخيه »^(٢) .

وبذلك يتضح أن الحق الفردي - في نظر الشرع الاسلامي ، وسيلة أمن لا وسيلة ضرر ، ووسيلة عمل ، لا وسيلة عبث ، او علة تحكم وتعسف ، وبهذا

(١) الطرق الحكيمة ص ٣١٠ .

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٢٧٠ .

ينتفي عن الحق الفردي صفة الاطلاق ؛ لأن قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » التي تشهد لها كليات في الشرع وجزئيات ، والتي أرساها الرسول ﷺ تشريعاً وقضاءً ، قاضية على عموم سلطة المالك ، فتخصصها بغير مواقع الضرر اللازم والراجح بالغير ، وحديث سمرة هذا الذي روى من طرق متعددة ، يعضد بعضها بعضاً ، أصل عتيق في هذا التقييد ، حتى لا يكون الحق مطية للشر .

هذا ، وقاعدة « الضرر الأشد يزال بالأخف » تؤيد نظرية التعسف ، وتعتبر حلول هذه النظرية في معيارها المادي - وضابطه الموازنة - تطبيقاً لهذه القاعدة .

وانخذ العلماء من قضاء النبي ﷺ في قضية سمرة أصلاً في هذا الباب ، فقالوا : « من اتصل ملكه بملك غيره متميزاً عنه ، وهو تابع له ، ولم يكن فصله منه بدون ضرر يلحقه ، وفي ابقائه على الشركة ضرر ، ولم يفصله ماله ، فلها لك الأصل أن يتملكه بالقيمة من ماله ، ويجبر المالك على القبول ، وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل ، فالشهور أنه ليس له تملكه قهراً ؛ لزوال ضرره بالفصل »^(١) .

ويتخرج على هذه القاعدة :

أن المستعير اذا غرس او بنى في أرض المعير ، ورجع المعير واسترد الأرض ، وامتنع عن الضمان مطلقاً ، فطلب المستعير قيمة الغراس او البناء - وهما تابعان للأرض متميزان عنها - اجيب الى ذلك - عملاً بقضاء رسول الله ﷺ في عرضه المعاوضة على سمرة ، وإن طلب القلع وضمان النقص لم يجِب^(٢) ؛ لأن الرسول ﷺ عرض على سمرة المعاوضة ، فلما أبى ، أمر بالقلع ، جزاءً على الاصرار على إيقاف الضرر .

(١) الفوائد لابن رجب - القاعدة السابعة والسبعون - ص ١٤٧ - ١٤٩ .

(٢) المرجع السابق ص ١٥٠ .

وأيضاً ، فإن تمسك المستعير بالقلع ، وملكه تابع - تعسف في استعمال الحق ؛ لما يعود على صاحب الأرض مالك الأصل من الضرر الأشد في هذا القلع .

لا يقال إن المستعير يضمن نقص الأرض ؛ لأننا نقول ، إن في إبقاء الغراس أو البناء في الأرض ، وحفظ حق المستعير في القيمة ؛ دفعاً لضرر أشد عن صاحب الأرض ، فيتحمل الضرر اليسير اللاحق بالمستعير من إجباره على المعاوضة بالقيمة ، في سبيل دفع الضرر الأشد اللاحق بملك الأصل ، والناسئء عن إبقاء الشركة ، أو عن قلع البناء أو الغراس ، ولو ضمن المستعير نقص الأرض من جراء ذلك^(١) ، ولا يصار الى القسمة ؛ لأنها متعذرة بدون ضرر ، أما لو أمكن فصل ملك التابع دون ضرر ، فيصار اليه ، ولا يجبر صاحبه على المعاوضة ؛ لزوال الضرر بالفصل^(٢) .

هذا ، وإذا كان عقد الاعادة يرد على تملك المنفعة مجاناً ، وهو غير لازم ، جاز للمعير أن يرجع ويسترد عاريتة في أي وقت شاء ، سواء أكانت الأعارة مؤقتة بمدة لم تنته ، أو غير مؤقتة ، غير أن المعير يضمن للمستعير ما يسببه له رجوعه من ضرر ، في حالة استرداد العارية قبل الوقت المحدد ؛ لأن المستعير مغرور من قبل المعير^(٣) .



(١) القواعد لابن رجب ص ٢٤٧ .

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٢٧٠ .

(٣) المدخل الفقهي العام للاستاذ مصطفى الزرقاء ، ج ١ ص ٤١٨ .

(٤) نيل الاوطار ج للشوكاني ج ٥ ص ٢٥٦ - ٢٦٠ وانظر الروايات المتعددة

التي روى فيها هذا الحديث .

الدليل الرابع:

أولاً : عن أبي هريرة (رض) ان النبي ﷺ قال : لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره . . . ثم يقول أبو هريرة : مالي أراكم معرضين ، والله لأرمين بها بين أكتافكم ، رواه الجماعة والنسائي (٤) .

وفي الصحيحين : « لا يمنع أحدكم جواره أن يغرز خشبه على جداره » (١) يدل الحديث على أنه لا يحل للجار ان يمنع جاره من غرز الخشب في جداره ، ويحيره الحاكم اذا امتنع ، وبه قال الامام أحمد (٢) واسحق وابن حبيب من المالكية ، والامام الشافعي في القديم ، والى هذا ذهب ابن حزم (٣) .

وعلى هذا ، يجبر المالك قضاءً على تمكن جاره من الارتفاق بجائطه عند الحاجة . فمنع المالك جاره أن يرتفق بجداره حالة احتياجه إلى ذلك يعتبر تعسفاً في استعمال حق الملكية ، اذا لم يلزم من ذلك ضرر بيتن يعود على المالك ؛ لان المنع عندئذٍ مظنة قصد الإضرار ، أو العتب ؛ إذ المفروض أن تصرف المالك في هذه الحال دون مصلحة يستجلبها ، او مفسدة يدفعها ، والقصد الى الاضرار ممنوع (٤) ، والعتب لا يشرع (٥) .

ويعتبر المالك متعسفاً كذلك ، اذا ترتب على الارتفاق ضرر تافه لا يتناسب البتة مع ضرر الجار المحتاج ، بمنعه من الارتفاق ؛ لانه من الممكن أن يقوم المرتفق باصلاح هذا الضرر التافه ؛ ولان المنع مع هذا الضرر التافه يمكن ان يتخذ قرينة على قصد الاضرار .

(١) جامع العلوم والحكم ص ٢٧١ .

(٢) كشاف القناع ج ٣ ص ٣٤٢ ، القواعد لابن رجب ص ١٩١ نبل الاوطار

ج ٥ ص ٢٦٠ .

(٣) المحلى ج ٨ ص ٢٤٢ - مسألة ١٣٥٨ .

(٤) جامع العلوم والحكم ص ٢٧٠ وما بعدها .

(٥) منية الطالب في جاشية المكاسب - في أصول الجعفرية ص ٢٢٤ .

أما اذا كان الضرر يَبْئُناً فاحشاً ، بحيث يفضي الارتفاق بالجدار الى الوهن أو السقوط ؛ فلا يجوز حينئذ ؛ اذ لا يجب على المالك ان يتحمل ضرراً فاحشاً لدفع الضرر عن الجار ؛ لان ذلك يتنافى وقصد الشارع من تقرير حق الملكية ؛ فقد شرع أصلاً لمصلحة المالك ، ولم يشرع ليكون مجلبة لاضرار فاحشة تعود عليه ، ومناقضة الشرع باطلة ، هذا وجه .

ووجه آخر ، هو أن حديث « لا ضرر ولا ضرار » قاضٍ على الوجوب في هذه الحالة ؛ اذ ليس نفي مشروعية الضرر عن الجار ، بمنعه من الارتفاق بملك جاره ، بأولى من نفي مشروعية الضرر الفاحش عن المالك ، بسبب إجباره على ان يرتفق غيره بملكه ؛ اذ ينقلب الجار حينئذ متعسفاً في استعمال حق الارتفاق هذا ، ولا يدرأ التعسف بتعسف مثله .

على أن مقصود الجار من الارتفاق بجدار المالك لا يتم اذا وهن أو آل الى السقوط .

ولكن الحديث - كما ترى - مطلق ، غير أنه يمكن أن يقال ، إن حديث « لا ضرر ولا ضرار » إذا ورد قيداً على المالك في استعمال حق ملكيته ، بمنع الضرر عن الجار ، فكذلك يرد قيداً على استعمال حق الجار في الارتفاق بملك جاره ، بالألا يترتب على ذلك ضرر يَبْئُناً بالمالك^(١) ، والى هذا ذهب الامام الشافعي ، وإلحابة ، وغيرهم من القائلين بالاجبار .

وعلى هذا ، فارتفاق الجار بملك جاره ، إما أن لا يترتب عليه ضرر بالملك المرتفق به ، وحينئذ لا يجوز المنع ؛ لانه محض تعسف ، وإما أن يترتب على ذلك ضرر ، فتجربى الموازنة ، وعلى ضوء نتائجها ، يحكم بالوجوب أو المنع ؛ توفياً من التعسف من اي من الجانبين ؛ وتحقيقاً لمقصد الشرع .

على أن ارتفاق الجار بمحاط جاره ، لا يعرى عن نوع ضرر عادة عند فتح الجدار ؛ لغرز الجذوع وما اشبه ، إلا أنه ضرر نافع أو قليل لا يتناسب مع ضرر الجار

(١) نيل الاوطار ج ٢ ، جامع العلوم والحكم ص ٢٧٠ وما بعدها .

المحتاج الى تسقيف بيته مثلاً، ومن مقتضى العدل ايضاً أن يتروى من يريد الغرز الضرر قدر الامكان ، كما يجب عليه إصلاحه اذا وقع .

هذا، واعتبار حاجة الغاز الى الغرز أمر لا بد منه ؛ لانه إنما أبيح الارتفاق بملك الغير جبراً عليه - وهو أصلاً محرم - لهذه الحاجة ، فكما لا يجوز للمالك ان يمنع جاره من الارتفاق بملكه لقصد الاضرار او العبث ؛ فكذلك لا يجوز للجار ان يستعمل حقاً وضعه الشارع في يده لغير مصلحة^(١) ؛ لان هذا تعسف ، والتعسف ممنوع بكل صوره ، ويجب حمل الحديث على هذا ، وان جاء في ظاهره مطلقاً من كل تقييد ؛ لان نظرية التعسف حاكمة على جميع الحقوق في الشريعة .
والى هذا ذهب الحنابلة^(٢)

وجاء في نيل الاوطار : وأما اعتبار حاجة الغاز فأمر لا بد منه .
وقد ذكرنا قبلاً ، أن نظرية التعسف - بما تفرض من قيود على استعمال الحق ؛ توفياً من مناقضة مقاصد الشرع - تقتضي المجتهد تقييد النص المطلق ، أو تخصيص العام ، أو الاستثناء من القياس العام اذا اقتضى الحال ذلك ؛ توخياً لمقصد الشارع ، وعدم اعتسافه ، وتقييد إطلاق الحديث الذي نحن بصدد البحث فيه من هذا القبيل .

أما وجهة من تمسك بإطلاق الحديث ، ولم يقيده بحاجة الجار ، فهي أن حكم الحديث حاء للمصلحة العامة ، فلا يشترط تحقق الحكمة في كل فرد ، أو ثبوت المصلحة في كل حادثة ، نظير ذلك مشروعية الشفعة^(٣) ، وهذا الرأي في نظري مرجوح ؛ لما ذكرت من وجوب درء التعسف من الجانبين ، وهوما تقتضيه قواعد العدالة ، ويتفق وروح الشريعة ، وفي هذا رد على ابن عقيل من الحنابلة الذي تمسك بإطلاق الحديث .

(١) نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٦١ .

(٢) القواعد لابن رجب ص ٣١ .

(٣) المغنى ج ٥ ص ٢١٠ كشف القناع ج ٣ ص ٣٤٢ .

على أن القياس مع الفارق ؛ إذ لا ضرر على البائع في الشفعة ؛ لأنه يأخذ
 من عقاره غير منقوص . أما في ارتفاق الجار بملك جاره ، فلا يعرى عن نوع
 مضرة كما ذكرنا ، كما لا يتقاضى المالك نظير ذلك ثمناً ولا تعويضاً ، وقضى الشارع
 الحكيم ، بأن يتحمل هذا الضرر مراعاة لحق جاره لحاجته ، ويتنافى وحكمة الشارع
 أن يكون هذا الحكم على ما يلزم منه من مضرة ومخالفة للقياس ، دون مبرر
 شرعي يقتضيه .

ولذا ؛ رأينا الامام الشافعي في أحد قوليهِ ، يقيد حق الارتفاق هذا بمنع
 الضرر البين عن المالك ، وهذا الرأي - في نظري - أجدر بالاعتبار ، والصق
 بقواعد الشريعة (١) .

وذهب الخنابلة (٢) الى هذا التقييد أيضاً ؛ لأن مطلق الضرر لا يوجب المنع
 من الارتفاق للأسباب الآتية :

الأول : أن هذا الارتفاق لا يعرى عن نوع ضرر عادة ، واعتبار مطلق
 الضرر في المنع يُعطل العمل بالحديث .

الثاني : أن في تقييد الحديث على النحو الذي بينا رعاية للمصلحتين ، وإعمالاً
 لحديث « لا ضرر ولا ضرار » وهو كما تقدم قاعدة عامة في الدين .

الثالث : أن نظرية التعسف حاکمة على الحقوق كلها ، فحينئذ نحقق أي من
 معاييرها ، وجب تطبيقها ؛ لقيام الأدلة على ثبوتها من الكتاب ، والسنة ، وفقه
 الصحابة ، وقواعد الشريعة العامة .

(١) نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٦٠ وما بعدها .

(٢) كشف القناع ج ٣ ص ٣٤٢ المغني ج ٥ ص ٢٩ - جامع العلوم والحكم
 ص ٢٧١ ، القواعد ، لابن رجب ص ٣٢ و ٦٩١ - انظر الى قول ابن رجب في
 كتابه الجامع : « فان ذلك - اي الارتفاق - يضر بين انتفع بملكه ، فنه المنع ، كمن له
 جدار واه لا يعمل ان يطرح عليه خشب » وبه قال الامام الشافعي ، كما ذكرنا ، وعبد الملك
 بن حبيب المالكي ص ٢٧٠ .

رأي القائلين بالنسب

وذهب الحنفية والمهادرية ومالك والشافعية في أحد قوليهِ إلى أنه يشترط إذن المالك ، ولا يجبر صاحب الجدار إذا امتنع ، وحملوا النهي على التنزيه ؛ جمعاً بينه وبين الأدلة القاضية بأن الناس مسلطون على أموالهم ، من مثل قوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبةٍ من نفسه »^(١)

ويتجه على هذا الرأي أن الحديث أخص من تلك الأدلة مطلقاً ، فيبني العام على الخاص ، كما هو مقرر في علم الاصول .

قال البيهقي : « لم نجد في السنن الصحيحة ما يعارض هذا الحكم ، الا عمومات لا يستكر أن يخصها »^(٢) .

ويقول الخطابي في قول أبي هريرة : « مالي أراكم عنها معرضين ، والله لارمين بها بين اكتافكم » : معناه « إن لم تقبلوا هذا الحكم وتعملوا به راضين ؛ لأجعلنها - أي الحشبة - على رقابكم كارهين . اراد بذلك المبالغة »^(٣) .

ومن قال إن النهي للتنزيه ، حمل قول أبي هريرة هذا على توبيخ من كان يترك اباحة ذلك لجاره ، ويشح بحقه ، ويترك الأخذ بما ندب النبي ﷺ ورغب فيه »^(٤) .

(١) نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٦٠ .

(٢) نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٦٠ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المنتقى على الموطأ ج ٦ ص ٤٣ - يلاحظ أن الامام مالك (ر ض)

خالف قياسه في تقييد حق الملكية بما يمنع الاضرار عن الغير في هذه المسألة .

والخبر من :

ان المالك يجب على تمكين جاره من الارتفاق بملكه عند الحاجة اذا لم يتضرر ،
ويجب كذلك اذا لحقه ضرر يسير ، على ماهو الراجح ؛ فلا يحل له منعه ؛ لقوله
ﷺ « لا يمنع احدكم .. الحديث » كما ورد في الصحيحين هكذا بلفظ التأكيدي ؛
ولعبارة أبي هريرة رضي الله عنه القسمة التي تؤكد وجوب التمكين والاجبار ،
وليس من صارف عما يفيد النهي من التحريم إلا العمومات التي يتمسك بها
في اطلاق حق المالك في التصرف بملكه ، وصيانتها عن تعرض الغير له ، او
مشاركته في منافعه ؛ ولكن هذا الحديث ، وقد ورد في روايات متعددة
خاص ، فينبني العام عليه ، كما هو مقرر في الاصول .

وأيضاً فإن حديث « لا ضرر ولا ضرار » الذي ورد في بعض روايات
حديث أبي هريرة هذا ، يقيد تلك العمومات .

على أن وجوب الإجبار مقيدٌ بامرین :

الاول - بالا يلحق بالمالك ضررٌ بدين ، بأن يؤهن طرح الحطب جداره ،
أو يسقطه اذا كان واهياً .

الثاني - بحاجة الفارز الى الانتفاع بجائط جاره .

وهذا التقيد اقتضاه درء التعسف من الجانبين .

وفي الحديث دليل بدين على مبلغ التضامن الاجتماعي الذي يوجه التشريع
الاسلامي ، وعلى أن حق الملكية قد القيت عليه التزامات سلبية وإيجابية ،
فهو مقيد من الناحية السلبية ، بامتناع المالك عن الاضرار بغيره ، كما هو
مقيد من الناحية الايجابية ؛ اذ المالك مجبر على تمكين غيره من الانتفاع بعقاره ،
ولا يحل له منعه اذا لم يلحقه من ذلك ضررٌ بدين .

وهذا التقيد يتضح أن هذا الحديث يعتبر أصلاً من أصول نظرية التعسف ،

الدليل الخامس :

وعن عروة بن الزبير ، عن عبد الله بن الزبير ، أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير عند رسول الله ﷺ في شراج^(١) الحرة^(٢) التي يسقون بها النخل ، فقال الانصاري : سرح الماء يُمَرّ ! فأبى عليه ، فاخصما عند رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ : اسق يا زبير ، ثم ارسل الماء الى جارك ! فغضب الانصاري ، فقال : يا رسول الله ! أن كان ابن عمك !؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ، ثم قال : يا زبير اسق ! ثم أحبس الماء حتى يرجع الى الجدر ! قال : فقال الزبير : والله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا في صدورهم حرجاً بما قضيت ويسلموا تسلياً » .

وعن ثعلبة بن أبي مالك قال : قضى رسول الله ﷺ في سيل مهروز ، الأعلى فوق الأسفل ، يسقى الأعلى إلى الكعبيين ، ثم يرسل إلى من هو أسفل منه^(٣) .

يدل الحديث على ما ينبغي أن تكون عليه العلائق بين الملاك المتجاورين في الاراضي الزراعية من التسامح ، ووجه الاستدلال ظاهر من قول الرسول ﷺ للزبير : « اسق يا زبير ! ثم ارسل الماء إلى جارك » فقد حاول الرسول ﷺ أن يحمل الزبير على التسامح في حقه ، بأن يسقي ارضه سقياً خفيفاً ثم يرسل الماء قبل أن يبلغ الكعبيين ، أي قبل ان يستوفي الزبير حقه العادل ، وهذا يؤكد

(١) الشراج ج شرج ، وهو النهر للصغير .

(٢) الحرة : أحجار سود .

(٣) المرجع السابق ص ١٩٥ .

ماقررناه قبلاً ، من أن الشريعة الاسلامية تحث في اقتضاء الحق على تجاوز العدل الى التسامح والفضل (١) .

وبذلك يكون الرسول ﷺ قد حاول دفع الضرر - ولو يسيراً - اذا لم يؤذ صاحب الحق .

ولكن لما اتهم الرسول ﷺ بالمحاباة ظلماً ، قرر ماهو الحق الفاصل في هذه المسألة، وهو الحكم العادل ، بأن يسقى الزبير ارضه حتى يبلغ الماء الى الكعبين ؛ وبهذا أخذ الامام مالك .

كما يدل الحديث على أن الحق في الماء لمن سبق ، يأخذ منه الاعلى اولا ، وقد ورد تقديره في خبر ثعلبة ، بأن يكون الى الكعبين وهذا بيّن .



(١) راجع الدعامة الخلقية في الفقه الاسلامي ص ٨٨ .

المبحث الثالث

أدلة لنظرية من فقه الصحابة

الدليل الاول :

« روى مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه : أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً^(١) له من العريض^(٢) ، فاراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : لم تمنعني وهو لك منفعة ؟ تشرب به أولاً وآخرأ ولا يضرك ، فأبى محمد ، فكلّم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلي سبيله ، قال محمد : لا ، فقال عمر : والله ليمون^(٣) به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ، ففعل الضحاك^(٤) . »

« وروى مالك عن عمرو بن يحيى المازني ، عن أبيه ، أنه قال ، كان في حائط جده « ربيع »^(٤) لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله الى ناحية من الحائط هي أقرب الى أرضه ، فمنعه صاحب الحائط ، فكلّم

(١) الخليج - النهر الصغير .

(٢) العريض - واد بالمدينة .

(٣) المنتفى على الموطأ ج ٦ ص ٤٧ .

(٤) الربيع : الجدول - النهر الصغير .

عبد الرحمن بن عوف عمر بن الخطاب في ذلك، فقصى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله^(١).

ما يدل عليه قضاء عمر - رض - في المسألتين

وقضاء عمر في المسألتين دليل على ثبوت حقوق الارتفاق لأصحاب الاراضي الزراعية المتجاورة بعضهم قبل بعض، من حق إمرار الماء في ارض الغير، أو استطراقها، وإذا امتنع صاحب الارض التي يراد الارتفاق بملكه، اعتبر متعسفا في استعمال حقه، ويجبر على التمكين، ما لم يلحقه ضرر بين، عملاً بقضاء عمر رضي الله عنه الذي ورد في الروایتين السابقتين.

والى هذا ذهب ابو ثور والامام احمد ومالك في رواية عنها^(٢).

أما الرواية الاخرى القائلة بعدم الاجبار، فعمدتها في ذلك، أنه تصرف في أرض الغير بدون اذنه فلا يجوز - وهو القياس -، كما لو لم تدع الى ذلك حاجة، ولأن مثل هذه الحاجة لا تبیح الارتفاق بملك الغير جبراً عنه^(٣)، لأنه محض تعد، والى هذا ذهب مالك في رواية عنه، وأحمد ابن حنبل^(٤) في رواية أيضاً، والخفية. وظاهر، أن قضاء عمر (رض) كان في تعارض المصالح الخاصة في الأملاك المتجاورة من الأرضين، فقصى بمنع المالك من التعسف في استعمال حقه في الامتناع عن تمكين جاره من الارتفاق بأرضه اذا قضت بذلك حاجة الزراعة، عوناً لكل مزارع على أن يستثمر أرضه ويستغلها بأيسر سبيل، وفي هذا تعاون على الخير المشترك: «وتعاونوا على البر والتقوى».

فجزية التصرف في الملك - سلباً وإيجاباً - وإن كانت هي الاصل - إلا أنها يجب أن تمارس على وجه لا يلحق ضرراً راجعاً بالغير، فلا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه على وجه يضر بغيره دون ان يجنى من تصرفه هذا منفعة من جلب مصلحة او درء مفسدة، او بعبارة أخرى دون أن يقصد الى غرض صحيح.

(١) المنتقى على الموطأ ج ٦ ص ٤٧.

(٢) المغنى ج ٤ ص ٩٤ - جامع العلوم والحكم ص ٢٧١ - المنتقى على الموطأ

ج ٦ ص ٤٥ - ص ٤٦.

(٣) المرجع السابق.

(٤) جامع العلوم والحكم ص ٢٧١.

على أن إجباره على تمكين غيره من الارتفاق بملكه عند الحاجة ، مشروط
بألا يلحقه هو من ذلك ضرر بين ، فامتناعه عندئذ محض تعسف ، أما إذا لحقه نفع
وامتنع ، فهو في أعلى مراتب التعسف ؛ لأنه مانع للخير عن نفسه وغيره ؛ ولذا
أقسم عمر (رض) في قضائه بقوله : « والله ليمرن به ولو على بطنك » مبالغة
منه في الاستنكار لهذا النوع من التعسف ، وتأكيذاً للإجبار على درئه .

أما ما روي عن الامام مالك من القول بعدم جواز إجباره ، مخالفاً بذلك
قضاء عمر (رض) فقد ذكرنا قبلاً ، انه خلاف عصر وزمان لاجبة وبرهان ،
يدل على هذا ما جاء من تعليل لرأيه : « ولكن فسد الناس ، واستحقوا التهم ،
فأخاف أن يطول الزمان ، وينسى ما كان عليه جرى الماء ، وقد يدعي جارك
عليك به دعوى في أرضك ... الخ . »

فالامام مالك — كما هو واضح — يخشى الادعاء الباطل بملكية رقبة المجري
من الارض المرتفق بها بخفي الزمن ، فمنع الارتفاق لهذا الضرر الأشد .

وتأسيساً على هذا النظر ، يمكن القول بأن شؤون العقارات اذا نظمت في
سجلات ، كما هو الشأن في زماننا ، بحيث لا يكون ثمة وجه لهذه الخشية ، او هذه
المظنة من المفسدة ، فإن الحكم في هذه المسألة يكون بجواز الاجبار ؛ تحريجاً على مذهبه .
هذا ، وقد روى زياد بن عبد الرحمن رأياً آخر للامام مالك :

« أنه إن لم يضر به — بملك الارض التي يريد الجار الارتفاق بها — فليقتض
عليه مجروده في أرضه ، وإن أضرب به منع من ذلك » ^(١) وهذا هو قياس
مذهب الامام مالك ^(٢) .

(١) المتنفي ج ٦ ص ٤٥ .

(٢) انظر في تقييد حق الملكية عند الامام مالك ، بما يمنع الضرر عن الجار في
مسائل حفر الآبار ، وفتح الكوى ، وحق المرور للجار في أرض جاره ، للوصول الى
أرضه ، وحق سمراره الماء في أرض الجار لسقي أرضه — المدونة ج ١٥ ص ١٩٦ —
ص ١٩٧ ، البهجة شرع التحفة للتسولي ج ٢ ص ٢٣٥ وما بعدها ، والقوانين الفقهية
لابن جزى ص ٣٤١ .

الدليل الثاني

امهرار عمر (رضي الله عنه) في مسألة الزواج بالكنايات الأجنبية:

« روى الامام الطبري في تاريخه^(١) : « أنه بعد أن انتصر المسلمون على الفرس في موقعة القادسية ، لم يجد رجالهم نساءً مسلمات كافيات للزواج منهن في تلك البلاد الفارسية ، فأرغمهم الضرورة على الزواج من نساء كنايات ، وبعد حين كثرت النساء المسلمات ، وزالت تلك الضرورة ، فبعث عمر بن الخطاب الى حذيفة بن اليمان الذي كان والياً على المدائن في بلاد العجم رسالة يقول فيها : « بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب ، وذلك ما لا أَرْضاه لك ، فطلقها ، ولا تبقيها في عصمتك .. »

« فكتب اليه حذيفة : أحلال هذا الزواج أم حرام ؟ ولماذا تأمرني بطلاق هذه المرأة الكتابية ، لن أطلقها حتى تخبرني ؛ فكتب اليه عمر بن الخطاب ، هذا الزواج حلال ؛ ولكن في نساء الاعاجم خلافة وخداعاً ، واني لأخشى عليكم منه »^(٢) .

فإباحة التزويج بالكتابية حكم شرعه الله في كتابه الكريم بقوله تعالى : « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتموهن أجورهن ، محصنين غير مسافحين ، ولا متخذي أخدان »^(٣) .

(١) تاريخ الطبري ج ٦ ص ١٤٧ .

(٢) المائدة آية/٥ .

ولكننا نرى عمر بن الخطاب (رض) ينهى عن ذلك في بعض الظروف ؛
دليلاً لمفسدة عظيمة تترتب على هذا المباح ، فيمنعه حماية للصالح العام ، بإبعاد
نواب الخليفة أولاً عن خداع الاجنبيات لهم ، او ابعاد وقوع الفتنة بين المسلمات
اللواتي يكثر عددهن ، وينصرف رجال المسلمين عنهن ؛ لجمال الكتابيات ، وكلاهما
ضار بالمصلحة العامة^(١) .

وفي رواية نقلها الجصاص : أن حذيفة تزوج يهودية ؛ فكتب اليه عمر :
أن "خل" سبيلها ، فكتب اليه حذيفة : أحرام هي ؟ فكتب اليه عمر : لا ؛
ولكنني أخاف أن تواقعوا المومسات منهن ، يعني العواهر^(٢) .

وروى هذا الاثر الامام محمد في كتابه الآثار ، عن ابراهيم عن حذيفة :
أنه تزوج بيهودية بالدائن ، فكتب اليه عمر : أن خل سبيلها ، فكتب اليه
أحرام هي ؟ ... الخ .

فهذه الروايات تفيد أن المباح يمنع خشية أن يترتب عليه من ضرر عام ،
سواء أكان ذلك في واقعة المومسات منهن . وفي هذا ضرر لا يخفى ، أم في
تتابع رجال المسلمين في الزواج من الكتابيات رغبة في جملهن ، فتترك
المسلمات بلا أزواج فيقعن فيما حرم الله ، وهذه مفسدة عظيمة لم يشرع نكاح
الكتابيات من أجلها .

ولا شك أن هذه المفسدة تناقض الحكمة التي من أجلها أباح التزوج
بالكتابيات^(٣) ، وهي إزالة ما يعمر قلوبهن من كراهية للإسلام ، ووحشة منه ،
عن طريق التزوج بالمؤمنين ؛ ليكونوا القدوة العملية لهن في سمو الخلق ، وعزة
الايان ، واستقامة النفس ، فإذا كان يؤدي هذا الزواج - في بعض الظروف -
الى نقيض هذه الحكمة بالنسبة للمجتمع الاسلامي ، بأن يصبح التزوج بالكتابية

(١) تعليل الاحكام للاستاذ الشيخ مصطفى شلي من ٤٣ .

(٢) راجع البدائع ج ٣ ص ١٨٧ - ص ١٨٨ فتح القدير ج ٣ ص ١٣٥ .

(٣) راجع كتاب الآثار ص ٧٥ .

— في غالب الامر — من أجل التخلق بأخلاقها هي ، وتقليدها ، واعتبارها
المثل الاعلى في كل تصرف ؛ فانه يمنع ؛ لمناقضة قصد الشارع ، وهو التعسف
بعينه ، وهذا الفقه من عمر (رض) يؤكد أصل النظر في مآلات الافعال
— الواقعة او المتوقعة — واعتبارها شرعاً .

او بعبارة أخرى ، ان هذا الحكم الذي قضى به عمر (رض) هو الفقه
العميق لمقصد الشارع من تشريع الحق ، وذلك ، بادارة الاذن والمنع في الفعل
على ضوء من مآله الى موافقة قصد الشارع أو مناقضته اياه .

وهذا هو الاجتهاد الذي يجب اتباعه — في هذه المسألة — في أيامنا هذه ، بالنسبة
الى بعثات السلك الدبلوماسي العربي والاسلامي بوجه خاص — في البلاد الاخذنة^(١)
غير الاسلامية ، حفظاً لمصلحة الدولة ، ومنع تسرب اسرارها عن طريق التزوج
بالاجنبيات ؛ لان هذه النتيجة لم تكن هي الحكمة التي من أجلها شرع نكاح الكتابيات .
على أنه في النطاق الداخلي للدولة الاسلامية ، اذا كان التزوج بالكتابيات
الاجنبيات يؤدي ، في الكثير الغالب ، بدافع عقدة من نقص تساور نفوس بعض
الرجال العرب او المسلمين ؛ لاعتبارهم الكتابيات الاجنبيات من طراز سام من الخلق
والرق والحضارة على التخلق باخلاقهن ، واتخاذهن القدوة العملية لهم ولاولادهم في
السلوك الاجتماعي ، والنظر الى الحياة ، وجب الا يشرع كذلك ؛ لانه يناقض
— في باعته أو مآله على هذا الوجه — مقصد الشرع من هذه الاباحة ، وهو أن
يكون المسلم قدوة عملية لها في معتقده وسلوكه الاسلامي ، بتجسيم فكرة الاسلام
وتعاليمه ومثله عن طريق ذلك السلوك ، حتى ترى الكتابية صورة الاسلام في
شخص زوجها المسلم ماثلة ، وبذلك يزول ما في نفسها من وحشة نحو هذا الدين الجديد .
والواقع ، أن المعن في فقه عمر — رضي الله عنه — في منع المباح هنا ،
يرى أنه يدفع بذلك المناقضة بين المصلحة الجزئية المشروعة في ذاتها

(١) راجع رأي الاستاذ الشيخ محمود شلتوت — تفسير القرآن الكريم

- وهي مصلحة حذيفة في التزوج من الكتابية - والصالح العام .
ويقين الأمر ، أن حذيفة - وهو الصحابي الجليل - لم يكن ليقتصد إلا
ما قصده الشرع ، غير أن عمر (رض) رأى أن هذا ضرب من التعسف ؛ لأن
الحق الفردي لا يشرع استعماله - ولو قصد فيه المصلحة التي شرع من أجلها الحق -
إذا كان متناقضاً - بحسب المآل - مع التنظيم التشريعي الإسلامي ، وقواعده
العامّة ، بقطع النظر عن الباعث أو القصد .

يرشدنا إلى هذا ، ما أشار إليه عمر (رض) في بعض الروايات ، من أن ذلك
سيؤدي إلى الإنصراف عن النساء المسلمات ، فيترك بلا أزواج ، وفي هذا مفسدة
أي مفسدة ، فمنع استعمال هذا الحق ؛ نظراً إلى هذا المآل الذي يتناقض وروح
الشريعة وقواعدها العامّة ، من تقديم الصالح العام على المصلحة الفردية ، وبذلك
يتضح لنا المعنى الاجتماعي للحق الفردي ، بما تقوم في الشريعة من قواعد تقيم
التوازن في هذا الحق بين عنصريه الفردي والجماعي ، وهو ما تضطلع به
نظرية التعسف .

هذا التبدل في الحكم ليس نسخاً :

لا يقال إن هذا الحكم من عمر (رض) يعتبر نسخاً للآية الكريمة ، لأننا نقول :
إن الآية لم تنسخ ، إذ لا نسخ بعد الرسول ﷺ ، ونكاح الكتابية مشروع أصلاً
في القرآن الكريم ؛ ولكن توقف العمل بحكمه بالنظر إلى مآله في ظرف خاص ؛
لأن مشروعيته ليست مقصودة لذاتها ؛ بل شرعت لمصالح قصدها الشارع ؛ فإذا
كان العمل بمقتضى هذه المشروعية - في ظرف ما - يؤدي إلى ضرر عام - واقع
أو متوقع - منع في هذه الحال ؛ عملاً بما يوافق روح الشريعة ومقاصدها في
الحلق ، حتى إذا تبدل ذلك الظرف ، عادت إلى هذا النكاح مشروعيته ؛ إذ لم يعد
يفضي إلى ذلك المآل الممنوع ، وليس كذلك النسخ ؛ لأن النسخ انتهاء أمد العمل
بالحكم ، وهو من حق الشارع الحكيم وحده ، ولا يجوز العود إلى العمل بالحكم
المنسوخ مطلقاً في أي ظرف كان .

الظن والتعسف

«توريث المبتوتة في مرض الموت»

الدليل الثالث :

فتاوى عثمان^(١) بن عفان في توريث المبتوتة في مرض الموت ؛ لان الطلاق في هذه الحالة مظنة الفرار من توريثها ، اي مظنة القصد الى حرمانها من حقها في الارث .

اختلف الفقهاء في توريثها على أقوال ، ولا يرجع اختلافهم في هذه المسألة الى نصوص من كتاب أو سنة ؛ اذ لم يرد فيها آية ولا حديث عن رسول الله ﷺ ، وإلما مرد ذلك الى اختلافهم في النظر والاجتهاد ، والى اختلاف ما نقل في ذلك من آراء عن أصحاب رسول الله ﷺ أو تابعيهم ، في وقوع الطلاق أو عدم وقوعه ، وفي ثبوت التوارث مع وقوعه أو عدم ثبوته ، ففي دعوى الإجماع على توريثها التي يزعمها ابن القيم في أعلامه نظر ، فان خلاف ابن الزبير مشهور^(٢) .

(١) وهو رأي عمر وعلي وأبي بن كعب وسائر البدرين - فتاوى ابن تيمية

ج ٣ ص ١٤٣ .

(٢) طلق عبد الرحمن بن عوف - وهو في مرض موته - زوجته « تماضر » بنت

الاصبع الكلبية طلاقا باتا ، ثم مات وهي في العدة ، فقضى عثمان بن عفان - رضي الله

عنه - بتوريثها منه - بداية المجتهد ج ٢ ص ٦٨ اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٢٦ و ص ١٤٢

- فتح القدير ج ٥ ص ١٥١ .

ويقول ابن جزىء في قوانينه^(١) : « إن طلاق المريض نافذ صحيح اتفاقاً »
ثم يسرد آراء الأئمة في توريث المبتوتة منه .

والواقع أن هناك من قال بعدم وقوع طلاق المريض هذا ، فمذهب الحسن^(٢) ،
أن الطلاق ليس بواقع ، وهما زوجان يتوارثان إن مات الزوج في مرضه
ذلك ، أو ماتت في مرضه .

ومذهب الاثثة الاربعة أن الطلاق واقع ، غير أن الخلاف في توريثها ،
فمذهب الامام الشافعي : ان لا توارث بينها مطلقاً إعمالاً لسبب - وهو الطلاق
البات - من كل وجه ، وهذا هو القياس .

ومذهب الحنفية : أنها ترثه مادامت في العدة .
وقال ابن حنبل : ترثه ما لم تتزوج^(٣) ، واشترط في ميراثها ثلاثة شروط :
احدها : أن لا يصح من ذلك المرض .

الثاني : أن يكون المرض مخوفاً يحجر عليه فيه .

الثالث : أن يكون الطلاق منه لا منها ، ولا بسببها .

ومذهب الامام مالك : توريثها منه ولو انقضت عدتها ؛ بل ولو تزوجت من
غيره ، وسواء أكان الطلاق منه أم منها أم بسببها ، وسواء أقصد حرمانها أم لم
يقصد ؛ اكتفاء بهذه المظنة - وهي مرض الموت - التي يقيمها مقام المنة (وهذا
نظر موضوعي لا ينظر الى الصور في آحادها ؛ بل في مجموعها ؛ تطهير المجتمع
من الفساد .

وليس هذا مقام بيان توجيهات أحكام الاثثة في هذا الموضوع ؛
ويكفينا هذا القدر المتفق عليه من الجمهور ، وهو توريث المبتوتة من
زوجها الذي طلقها باتاً في مرض موته ؛ معاملة له بنقيض قصده ؛

(١) القوانين الفقهية لابن جزىء ص ٢٢٢ .

(٢) فرق الزواج ص ٨ ؛ ص ٨٥ للاستاذ الشيخ علي الحنيف .

(٣) ذهب الجعفرية الى انها ترث مدة سنة من تطليقها - الخلاف ج ٢ ص ٤٥٦ .

ودرءاً لتعصفه في استعمال ماوضع الشارع في يده من حق الطلاق .
ووجه التعصف ، أن الطلاق لم يشرع للزوج وسيلة إلى الاضرار بزوجه ،
وحرمانها من حقها في الارث ، فاذا كان الباعث على الطلاق هو حرمان زوجته
من ميراثها ، عومل بنقيض قصده ، محافظة على حقها ، ودفعاً للظلم والمضم عنها ،
ومرض الموت هو مظنة هذا القصد .

ويقول صاحب بداية المجتهد^(١) : « سبب خلاف الائمة اختلافهم في وجوب
العمل بسد الذرائع ، وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في
مرضه زوجته ؛ ليقطع حظها من الميراث ، فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها ،
ومن لم يقل بسد الذرائع ، ولحظ وجوب الطلاق ، لم يوجب لها ميراثاً ، وذلك ؛ ان
هذه الطائفة تقول : إن كان الطلاق قد وقع ، فيجب ان يقع بجميع احكامه ؛ لانهم
قالوا : إنه لا يرثها إن ماتت ، وان كان لم يقع ، فالزوجة باقية بجميع احكامها .
فنحن نرى أن ابن رشد ، يجعل تلازماً بين إعمال الباعث وسد الذرائع ،
واعني بالباعث القصد او مظهره ، فمن لم يعمل الباعث لا يقول بسد الذرائع ،
وعلى هذا يوقع الطلاق ، وينع التوارث ، كما هو مذهب الشافعي .

والواقع أن القول بمبدأ سد الذرائع لا يوجب القول بالباعث ، فقد يأخذ
امام بحكم هذا المبدأ في جزئية ، كما في تحريم سب آلهة المشركين اذا علم او غلب
على الظن ان ذلك مفض الى ان يحمل المشركين على سب رب العالمين سبحانه ،
فهذا اخذ بسد الذريعة ، وقال به من لم يقل بالباعث^(٢) ، فالتلازم - كما ترى - منفك .
والواقع ان تطبيق مبدأ سد الذريعة هنا ؛ للحيلولة دون تنفيذ الباعث غير

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٦٨ - ٦٩ - فواعد ابن رجب ص ٣١٩ القوانين
الفقهية ص ٢٢٢ .

- احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية ص ٦٤ ؛ للاستاذ الشيخ عمر عبد الله .
(٢) نقصد بالباعث هنا القصد الدافع الذي لم يفصح عنه عبارة ، بل قامت القرائن
على ثبوته ، فهذا هو الذي اختلف الائمة في الاخذ به واعماله في التصرفات ، اما اذا
افصحت عنه العبارة فان إعماله محل اتفاق .

المشروع لدى المريض مرض الموت على تطليق زوجته ، وهو قصد حرمانها من حقها في الارث ، يقضي بعدم وقوع التصرف الذي اتخذ وسيلة الى ذلك ، اي بعدم وقوع الطلاق ؛ لكننا رأينا جمهور الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب يقولون بوقوع الطلاق ؛ فلم يؤثر الباعث غير المشروع في التصرف ، كما هو مقتضى مبدأ سد الذريعة .

وعلى هذا ، يمكن القول بان توريث المبتوتة في مرض الموت كان ضمن دائرة أعمال الباعث غير المشروع في اثر خاصة التصرف ؛ وهو جزاء فرضه المشرع ، اساسه العمل بالمصلحة ؛ وانتج أعمال الباعث غير المشروع في اثر التصرف الذي كان غاية لذلك الباعث .

وبما يؤكده ضجة هذا النظر ، ان ابن رشد نفسه يرى من العسير على أصحاب القول بتوريثها ، إجابة المخالفين القائلين بالقياس ، اي بأعمال الباعث من جميع الوجوه حتى في اصل التصرف وهو الطلاق ، وهذا القياس قاض بان الطلاق اذا وقع وقع من كل وجه ، كما هو مذهب الشافعي .

يقول ابن رشد : « لانه يعسر أن يقال إن في الشرع نوعاً من الطلاق ، توجد له بعض احكام الطلاق ، وبعض احكام الزوجية ، وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح او لا يصح ؛ لأن هذا يكون طلاقاً موقوف الحكم ، الى أن يصح او لا يصح ، وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع » (١) .

وهل العمل بمقتضى مبدأ سد الذريعة ، مما يعسر القول به في الشرع؟ فكيف نرد اذن اختلاف الائمة الى اختلافهم في وجوب سد الذريعة ؟

غير أنه يمكن أن يقال إن الطلاق من الاوضاع الشرعية التي لا يمكن تغييرها ، استثناء من مقتضى اصل الذرائع ، فإذا أوقع الزوج الطلاق مريداً إياه ، وقع معها كانت الدوافع اليه ، وينصرف سد الذريعة لا الى ابطال هذا التصرف ، لانه قام الدليل على وجوب وقوعه في كل حال ؛ لما فيه من الناحية التعبدية ؛

(١) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٦٩ .

بل الى الحيلولة دون تحقيق القصد غير المشروع ، او المصلحة غير المشروعة التي توخاها المريض مرض الموت ، وهو حرمانها من الارث ، وهذا قد قام الدليل على وجوب ابطاله ؛ لناقضة قصد الشارع في كل تصرف يراد به اسقاط واجب او تحليل محرم .

على أن الحنفية قالوا بتوريثها ، استناداً الى قاعدة الاستحسان الذي سنده المصلحة ، أو اخذاً بفتوى عثمان رضي الله عنه ، أو بها معا .

والخلاصة : ان العمل بنظرية التعسف وجد منذ فجر الاسلام ؛ فقد رأينا الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب قد قالوا بمقتضى هذه النظرية في طلاق المريض مرض الموت زوجته باتاً قصداً الى حرمانها من حقها في الارث ؛ بل ذهب الامام مالك رضي الله عنه - كما رأينا - الى توريثها ولو لم يقصد الى ذلك ؛ لانه لم ينظر الى الصور الأحادية ، بل نظر الى مظنة هذا القصد وهو مرض الموت ، واقام المظنة مقام المثنية ؛ فقطعاً لدابر الفساد من المجتمع اذ كثر الظن بتوقع وقوعه ، قال بتوريث كل مبتوته في مرض الموت اكفاء بهذه المظنة (٢) ، واعداماً لذات هذا التصرف من المجتمع مهما كان الدافع إليه ، وهذا اقصى ما يمكن ان يتصور في أعمال نظرية التعسف .

(١) الاحوال الشخصية ص ٣١٤ للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة - وانظر في اساس توريث المبتوتة في مرض الموت ، وانه المصلحة المرسله - اصول التشريع الاسلامي ص ١١٣ للاستاذ الشيخ علي حسب الله .

(٢) ويمعن الامام مالك في تحريم مادة الفساد من المجتمع ، فيعتبر كثرة وقوع التصرف الذي يتذرع به الى تحليل محرم ، كبيع العينة مثلاً ، مظنة القصد الى ذلك ، وعلى ذلك ؛ فلا ينظر الى الصور الأحادية ، كل بمفردها من حيث تحقق القصد الى الربا ، او غلبة ظن تحققه ؛ بل ينظر الى كثرة وقوع هذا النوع من التعامل في المجتمع حتى يسد الثريعة اليه ، وهذه نظرية موضوعية شاملة .

هذا ، وقد كانت بيوع العينة كثيرة الوقوع في زمن الامام مالك رضي الله عنه ؛ ولكنها اليوم غالبية الكثرة - انظر الموافقات ج ٢ ص ٣٦١ وبذلك يمكن القول بان الامام مالك - رضي الله عنه - اخذ بنظرية التعسف في اوسع مدى ...

ما يستنتج من هذه الأدلة :

أولاً (إن نظرية التعسف نشأت بنشأة الفقه الاسلامي نفسه ، إذ قد وردت الأدلة التفصيلية التي تثبت النظرية بمقاييسها المختلفة في كتاب الله ، وسنة رسوله ، وفقه الصحابة ، واجتهادات الاصوليين ، وأئمة مذاهب الفقه الاسلامي .

ثانياً (إن مجال تطبيق نظرية التعسف يشمل الحقوق والاباحات على سواء ، كما في منع محمد بن مسلمة من استعمال حقه على نحو تعسفي ، وكما في إجبار مالك الحائط - اذا امتنع - عن أن يخلى سبيل جاره للارتفاق به عند الحاجة .

وفي الاباحات ، كما في منع النبي ﷺ من بيع الحاضر للبادي ، ومنع عمر رضي الله عنه من التزوج بالكتابات في بعض الظروف .

ثالثاً (ان نظرية التعسف مرتبطة اساساً لبغاية الحق لا بمحدوده الموضوعية ؛ لان المفروض أن المتعسف لا يخرج عنها ؛ ولكنه يستعمل حقه على نحو يناقض الغاية التي شرع من أجلها .

رابعاً (التعسف في استعمال الحق محرم في الشريعة ، ومنوع ؛ ولذا تقضي النظرية بجرمان صاحب الحق من ممارسة حقه على وجه تعسفي ، وبذلك تدفع الضرر قبل وقوعه ، بمنع الاستعمال التعسفي للحق ابتداء ، وهذا هو الدور الوقائي للنظرية .

هذا فضلاً عن أن التعسف - اذا وقع وسبب ضرراً - يستوجب المسؤولية ، ويرتب جزاءً دنيوياً يوقع عن طريق القضاء بإزالة الضرر عينا إن أمكن ، او عن طريق الضمان حسب الاحوال ، وقطع سبب الضرر منعاً من استمراره في المستقبل ، وهذا هو الدور العلاجي للنظرية .

خامساً (نظرية التعسف قد تتخذ ترجيح مصلحة على أخرى ؛ لتقيم التوازن

بين الحقوق الفردية المتعارضة ، او بينها وبين الصالح العام ؛ دفعا للضرر الاشد ، مما يؤكد ارتباط النظرية بنظرية الحق ، ومدى استعماله .
سادسا - ان نظرية التعسف كما تمنع الاضرار تصون الحقوق ، فطلاق
القرار يقصد به هضم حق الزوجة في الميراث ، عن طريق استعمال حق
الطلاق ، وهذا يوجب ان يرد على المتعسف قصده ، ويعامل بنقيضه ؛ إذ الطلاق
لم يشرع لذلك .

سابعا - اما معايير التعسف ومقاييسه التي جاءت بها الادلة فهي :

اولا - استعمال الحق لمحض قصد الاضرار (وهذا معيار ذاتي) كما
ورد ذلك صريحا في الآيات التي تنهى عن الاضرار في الوصية أو حق الرضاع .

ثانيا - انعدام التناسب بين ما يعود على صاحب الحق من مصلحة ، وما
يلزم من استعماله لحقه من ضرر أشد ، يلحق غيره من الفرد أو الجماعة - كما في
قضية سمرة ، وكما في المنع من تلقي السلع ، والمنع من التزوج بالكتابات ؛
بالنظر لما ينجم عن ذلك من ضرر عام . (وهذا معيار موضوعي) .

ثالثا - استعمال الحق كذريعة للاحتيال على قواعد الشرع وهدمها ، كما
في استعمال حق الطلاق لحرمان الزوجة من الميراث ، أي لتحقيق مصلحة غير
مشروعة ، وهذا معيار مختلط ؛ اذ يمكن معرفة الباعث غير المشروع عن طريق
المصلحة غير المشروعة التي يحققها المتعسف .

وهذه المقاييس ينتظمها ضابط واحد ، يربط النظرية بغاية الحق لابنظرية
التعدي في الفقه الاسلامي ، ذلك الضابط العام كما يقوم الامام الشاطبي في اكثر
من موضع هو « استعمال الحق في غير ما شرع من أجله »^(١) .

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٨٢ وراجع أيضاً ص ٣٣٣ و ٣٣٤ و ٣٨٥ و ٣٨٦ .

و ٣٨٨ و ج ٤ ص ٢٠١ وما بعدها .

المبحث الرابع

أدلة النظرية من

الأصول التشريعية والقواعد الفقهية

أصل النظر في المآلات

يؤيد هذا الأصل ، ان المصالح معتبرة في الاحكام ^(١) ، وانها شرعت لتحقيق غايات اساسية قد قصدتها الشارع ، ومن هنا كان الحكم - وهو منشأ الحق او الاباحة - منظورا اليه في الشرع على أنه وسيلة غايته المصلحة .

اذا ثبت هذا - وقد أقمنا الادلة على ثبوته ^(٢) - فكل فعل - وهو مقدمة لنتيجة او وسيلة الى غاية - يفضي - قطعاً او ظناً او في الكثير غير الغالب ^(٣) - الى غير غايته التي رسمها الشارع ، او الى مآل هو مفسدة مساوية للمصلحة التي

(١) راجع الاسس التي يقوم عليها تقييد الحق في الفقه الاسلامي - الاساس الاول - المصالح معتبرة في الاحكام ص ١٦٢ .

(٢) راجع البحث المشار اليه سابقا .

(٣) هذا ماذهب اليه مالك حيث حرم بيع العينة ؛ لانه يفضي في الكثير غير الغالب الى الربا ، فاقم هذا مقام القطع او الظن الغالب احتياطاً في درء المفسدة الموافقات ج ٢ ص ٣٥٧ و ص ٣٥٩ و ص ٣٦١ .

شرع الحق من اجلها او راجحة عليها ، لم يبق مشروعاً ؛ لان العبرة بهذه النتيجة في تكييف الفعل ، وهي كما رأينا مناقضة لمقصد الشرع .

لذا ، يلزم المجتهد في التشريع الاجتهادي - توكيلاً لهذه المناقضة - ان ينظر في هذه المآلات ، ويمنع الفعل أو يأذن فيه على ضوء منها ؛ جرياً على سنة الله في اعتباره المصالح في الاحكام^(١) ، او المسببات في الاسباب ، دون نظر الى الباعث او القصد في آحاد الصور ، هذا بالاضافة الى ان له ان يخص العام او يقيّد المطلق تحقيقاً لمقصد الشارع .

يرشدنا الى هذا أن الشارع الحكيم قد نهى عن سب الهة المشركين اذا علم او غلب الظن ان ذلك مقصود الى سب رب العالمين جل وعلا ، ولو كان للمؤمن نية محتسبة ، في توهين امر الشرك وتحقيره ، فما بالك اذا استعمل الحق مع النية السيئة ، فان المنع - حينئذ - يكون اوجب .

يقول ابن تيمية : « الذرائع حرمها الشارع ، وان لم يقصد بها المحرم ؛ خشية افضائها الى المحرم ، فاذا قصد بالشئ نفس المحرم ، كان اولى بالتحريم من الذرائع ، وبهذا التحرير ، يظهر عليّة التحريم في مسائل العينة وامثالها ، وان لم يقصد البائع الربا ؛ لان هذه المعاملة يغلب فيها قصد الربا ، فيصير ذريعة ، فيسد هذا الباب ؛ لئلا يتخذ الناس وسيلة الى الربا ، ويقول القائل : لم اقصد به ذلك ؛ ولئلا يدعوا الانسان فعله مرة الى ان يقصده مرة اخرى ؛ ولئلا يعتقد أن جنس هذه المعاملة حلال ، ولا يميز بين القصد وعدمه ؛ ولئلا يفعلها الانسان مع قصد خفي يخفي من نفسه على نفسه ، وللشريعة اسرار في سد الفساد وحجم مادة الشر .. الخ^(٢) » وعلى هذا فانه لا ينظر الى الباعث على انه الامر الجوهري .

آراء العلماء في هذا المصطلح :

لاخلاف بين العلماء ، انه لا يجوز التذرع بامر ظاهر الجواز ؛ لتحقيق اغراض

(١) الموافقات ج ٤ ص ١٩٤ .

(٢) الفتاوى ج ٥ ص ١٣٩٣ .

غير مشروعة ؛ لما في ذلك من مناقضة الشرع عيناً ، بهدم قواعد الشريعة ،
غير ان الخلاف فيما يتحقق فيه التذرع ، فالإمام الشافعي لا يبطل التصرف الا
اذا ظهر القصد الى المآل الممنوع صراحةً ، ويذهب الامام احمد الى الاخذ بالقرائن
في اثبات هذا القصد^(١) .

صدر هذا الاصل بنظرية التعسف :

قدمنا ان هذا الاصل لا يعتمد الباعث على أنه الامر الجوهرى في تكيف
الفعل ؛ بل العبرة فيه بالمآل ، وهذه نظرة واقعية موضوعية تعنى باللوازم
الخارجية للافعال .

فخلص من هذا ، الى أن هذا الاصل يتجه اتجاhein :

أولهما : جوهرى رئيسى ، وهو النظر الموضوعى الذى يعتمد مآلات الافعال
وثمراتها ونتائجها ، وعلى ضوءها يحل الفعل او يحرم ، ويؤذن فيه او يمنع ، بقطع
النظر عن اصل وصفه الشرعى^(٢) .

وثانيها : هو النظر الى الباعث على أنه امر ثانوي - وهذه نظرة ذاتية
تعنى بالبواعث والعوامل النفسية التى تحرك ارادة المتصرف فعلاً او قولاً .

فالتصرفات المأذون فيها - قولية كانت أم فعلية بمقتضى حق او إباحة -
اذا أفضت بذاتها الى مآل ممنوع ، منعت ، ولم تشرع ؛ لأن هذه التصرفات
وسائل لتحقيق مصالح لا مفسد . فالمناقضة ظاهرة ، والمناقضة تعسف ، وكذلك
اذا كان الباعث على التصرف الذى ظاهره الجواز تحقيق أمر غير مشروع ، لم
يشرع ؛ بالنظر الى هذا الباعث - ولا يصلح الفعل الذى ظاهره الجواز معتمداً

(١) الموافقات ج ٤ ص ٢٠٠ - وراجع تعليق الاستاذ الشيخ محمد حسين مخلوف
الموافقات ج ٤ ص ١١٣ المطبعة السلفية .

(٢) كتاب مالك للاستاذ الشيخ محمد ابى زهرة ص ٤١٢ - ص ١٤٤ .

لمشروعيته مع هذا الباعث أو المآل - الواقع أو المتوقع - غير المشروع ،
وهذا هو لباب نظرية التعسف .

ويترتب على هذا النظر أمران :

الأول : ان يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع .

الثاني : أنه يلزم المجتهد النظر في مآلات الافعال ، وكيفيها بالمشروعية او
عدمها على ضوء من تلك المآلات .

ويتفرع على هذا الاصل ^(١) قواعد :

أولاً : قاعدة الذرائع : التي حكمها الامام مالك في اكثر ابواب الفقه .

ثانياً - الاستحسان : عند الحنفية والمالكية .

ثالثاً - قاعدة الحيل ^(٢) .

رابعاً - مراعاة الخلاف عند المالكية .

وهذه القواعد تؤيد أصل النظر في مآلات الافعال ^(٣)، وهي اذ تؤيد نظرية
التعسف، تمثل في أحكامها الدور الوقائي للنظرية في التصرفات القولية، اذ تحول
بين التصرف وترتيب آثاره عليه . أما التصرفات الفعلية اذا وقعت ، فالواقع
لا يرتفع ؛ بل يقطع سببه ؛ لينسحب استمراره في المستقبل ، ويعوض عن الاضرار
النازلة إن كان لها وجه .

ونظراً لأهمية قاعدة الذرائع ، سنتناولها بالبحث ؛ لأن نظرية التعسف
تقوم عليها .

(١) أصل النظر في مآلات الافعال .

(٢) انظر بحث مبدأ العدل المطلق وصلته بنظرية التعسف في الفقه الاسلامي والبحث
الثاني منه في الميدان الاجتهادي ص ٦٥ وما بعدها .

(٣) المواقفات ج ٤ ص ٢٠١ وما بعدها .

المطلب الاول

القاعدة الاولى :

قاعدة الذرائع

تعريف الذريعة :

الذريعة لغةً هي الوسيلة الى الشيء مطلقاً ، واصطلاحاً ، هي الوسيلة الى المفسدة .

يقول الامام الشاطبي : وحقيقتها التوسل بما هو مصلحة الى مفسدة^(١) .
ويقول القرطبي : « والذريعة عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه ، يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع^(٢) .

ويقول القراني في فروقه : سد الذرائع : ومعناه حسم مادة وسائل الفساد ؛ دفعاً لها ، فتمى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة ، منع مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور^(٣) .

ويقول بعض الفقهاء المحدثين : « سد الذرائع هو منع المباحات التي يتذرع بها الى مفساد ومحظورات » . ويقول في موضع آخر : الذريعة هي : « كل مباح تذرع به الى مفسدة »^(٤) .

(١) الموافقات ج ٤ ص ١٩٩ .

(٢) الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج ٢ ص ١٠١ .

(٣) الفروق ج ٢ ص ٣٢ وما بعدها - وقد قرر هذا المعنى ابن فرحون في

كتابه ، تبصرة الاحكام ج ٢ ص ٢٧٥ والشوكاني في كتابه ارشاد الفحول ص ٤٤٦ .

(٤) السياسة الشرعية للاستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج ص ٧٣ .

وهكذا يقصر الاصوليون والفقهاء معنى الذرائع على النوع المباح الذي يتوصل به الى مفسدة .

الذريعة^(١) تشمل القول والفعل :

والذريعة - بما هي وسيلة الى مفسدة - قد تكون قولاً - وهذه تشمل التصرفات القولية - وقد تكون فعلاً - وهذه تشمل التصرفات الفعلية - وقد اشار ابن قيم الجوزية الى هذا في صدد تقسيمه للذرائع اذ يقول : **الفعل او القول المفضي الى المفسدة قسمان ... الخ**^(٢) .

أقسام الذرائع بالنسبة الى ما لانها عند الاصوليين والفقهاء

وتحريم محل الخوف فيها

أولاً - أقسام الذرائع عند الامام القرافي :

احدها - **معتبر إجماعاً** : كحفر الآبار في طريق المسلمين ، والقاء السم في

(١) والذريعة الى المفسدة قد تكون في العبادات كما تكون في العادات ، وبالتالي يجب سدها : يقوم الامام الشاطبي في الاعتصام ج ٢ ص ٣١ وما بعدها .
« وفي الجملة ، فكل عمل اصله ثابت شرعاً ، الا ان في اظهار العجل به ، والمداومة عليه ما يخاف ان يعتقد انه سنه ، فتركه مطلوب في الجملة ايضاً ، من باب سد الذرائع » .
وضرب امثلة لذلك ، من مثل ما جاء في الحديث ، من نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتقدم شهر رمضان بصيام يوم او يومين ، ووجه ذلك عند العلماء ، بخافة ان يعد ذلك من جملة رمضان . - المرجع السابق .

ومما يؤيد ان سد الذريعة معتبر في العبادات ، حديث النبي عن التشديد على النفس في العبادة الى حد الافراط ؛ خوفاً من الاقطاع عنها ، اي بالنظر الى هذا المآل .
وبهذا يتضح ، ان التسف كما يكون في الحقوق والمباحات يتحقق في العبادات ، وهو ممنوع حيث كان . الموافقات ج ٤ ص ١٩٨ .

(٢) اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٢٠ .

أطعمتهم ، وسب الاصنام عند من يعلم من حاله أن يسب الله تعالى .
وثانيها - ملغى إجماعاً : كزراعة العنب ؛ فإنه لا يمنع خشية الحمر .
وثالثها - مختلف فيه ، كبيع الآجال ، اعتبرنا نحن الذريعة فيها ، وخالفنا
غيرنا ، فحاصل القضية أننا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا ، لا أنها
خاصة بنا^(١) .

ثانياً أقسام الذريعة عند ابن قيم الجوزية :

وقد أفاض ابن قيم الجوزية في كتابه « إعلام الموقعين » القول في مبدأ سد
الذرائع ، وأورد تسعة وتسعين وجهاً ؛ للدلالة على أنه أصل يحتج به في الاستنباط ؛
ولكنه في تقسيمه للذريعة من قول أو فعل ، يخلط بين ما هو وسيلة إلى محرم ،
وما هو محرم في ذاته ، إذ يقول :

« الفعل أو القول المفضي الى المفسدة قسمان » :

أحدهما : أن يكون وضعه للأفضاء اليها ، كشرب المسكر المفضي الى
مفسدة السكر ، وكالتقذف المفضي الى مفسدة الفرية ، والزنا المفضي الى اختلاط
المياه وفساد الفراش ، ونحو ذلك ، فهذه أفعال وأقوال وضعت مفضية لهذه
المفاسد ، وليس لها ظاهر غيرها^(٢) .

والثاني : أن تكون - أي الذريعة من قول أو فعل - موضوعة للأفضاء
الى أمر جائز أو مستحب ، فيتخذ وسيلة الى المحرم ، إما بقصد ، أو بغير
قصد منه .

فالاول : (أي بقصد منه) كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل ، أو يعقد
البيع قاصداً به الربا .

(١) تنقيح الفصول للقرافي ص ٢٠٠ .

(٢) اعلام الموقعين ج ٣ ص ١١٩ .

والثاني : (أي دون قصد منه) كمن يسب أرباب المشركين بين أظهرهم .
ثم هذا القسم من الذرائع نوعان :

أحدهما : أن تكون مصلحة الفعل أرجح من مفسدته - كالنظر الى
المخطوبة مثلاً .

والثاني : أن تكون مفسدته راجحة على مصلحته . فهاهنا أربعة أقسام .
ويلاحظ على هذا التقسيم :

أن ابن القيم خلط في القسم الاول بين الذرائع الى المفسد ، وبين المفسد
في ذاتها ، فشرب الخمر والزنا والتدفع ليست من الذرائع في شيء ، وإنما هي
محرمة لذاتها تحريم مقاصد ، فايرادها في قسم الذرائع ليس على ما ينبغي .
وعلى هذا ، يمكن رد الاقسام الى ثلاثة :

الأول : ما وضع للافضاء الى مباح ؛ ولكن قصد به التوصل الى مفسدة ،
كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل ، او يعقد البيع قاصداً به الربا .

الثاني : ما وضع لمباح لم يقصد به التوصل الى مفسدة ؛ ولكنه يفضي اليها
غالباً ، وهي أرجح مما يترتب عليه من المصلحة ، كمن يسب آلهة المشركين
بين أظهرهم .

الثالث : ما وضع لمباح ؛ ولكنه قد يفضي الى مفسدة ، ومصلحته أرجح
من مفسدته ، كالنظر الى المخطوبة .

تحرير محل الخلاف :

يلاحظ على هذه الاقسام الثلاثة أنها شاملة للذرائع المفضية الى المفسدة بذاتها
غالباً أي دون قصد ، وشاملة كذلك لما قصد به التدفع اليها ، وان كان في
ذاته مباحاً جائزاً .

اما القسم الثاني ، فقد جاء المنع فيه صريحاً ، كما في قوله تعالى : « ولا تسبوا ..
الآية » وهذا لا خلاف فيه .

واما القسم الثالث : فقد جاءت الشريعة بجوازه ايضاً ؛ فليس محلاً للنظر .
 بقي القسم الاول : وهو ما وضع للمباح ؛ ولكنه اتخذ وسيلة الى مقسدة ،
 وهذا هو محل الخلاف ، وهو القسم الذي اشار القرافي الى انه موضع النزاع^(١) .
 على ان هذا القسم - وهو الذي تقوم عليه معظم حالات التعسف - ليس
 محلاً للنزاع ايضاً بين العلماء عند التحقيق ؛ إذ قد سبق أن قررنا ، أن مبدأ سد
 الذرائع جاء توثيقاً للاصل العام الذي قامت عليه الشريعة ، من جلب المصالح ودرء
 المفاسد ، ولا ريب ان هذا القسم من المباح الذي قصد به التوصل الى امر محرم ،
 لا نظن احداً من العلماء يميزه ؛ لأنه يناقض اصل الشريعة ؛ فالامام الشافعي
 مثلاً لا يميز البيع الذي قصد به التوصل الى الربا اذا ظهر القصد الى هذا المال
 المنوع ، وليس احد من العلماء يميز^(٢) هذا التحايل على قواعد الشريعة وهدمها ،
 وانما الخلاف في أمر آخر ، هو في المنهج الذي سلكه كل فقيه في الكشف عن
 الباعث غير المشروع ، او بعبارة أخرى ، فيما يتحقق فيه التدرع .

فالامام مالك - رحمه الله - محتاط في درء المفاسد ، فيمنع ما ادى الى المنوع
 بكثرة قصده من قبل المتبايعين ، ولو لم يقصد بالفعل في كل صورة على حدة ،
 فيكتفى بكثرة الوقوع ، ولو لم تصل الى غلبة الظن ، او غلبة كثرة الوقوع ،
 فضلاً عن العلم ، ويعتبرها مظنة هذا القصد ، فالكثرة هي الضابط والمظنة ، كما
 في بيع العينة ، ويتم بسبب ظهور فعل اللغو ، وهو دال على القصد المنوع ،
 فيبطل به ؛ اكتفاء بكثرة^(٣) الوقوع في الخارج ، فالمعيار - كما ترى - مادي لا ذاتي .
 اما الامام الشافعي ؛ فلا يتم من لم يظهر منه قصد الى المال المنوع ؛ لانه
 يعتمد العبارة الظاهرة ، يقيم الحكم عليها ، ولا يتجرى البواعث الخفية .

(١) الفروق ج ٢ ص ٣٢ وما بعدها . تنقيح الفصول ص ٢٠٠ .

(٢) الموافقات ج ٤ ص ٢٠٠ .

(٣) الموافقات ج ٢ ص ٣٦١ .

ولهذا يتفق الفريقان - كما يقول الامام الشاطبي - على انه لا يجوز^(١) التعاون على الاثم والعدوان باطلاق؛ فظهر أن قاعدة الذرائع متفق على اعتبارها في الجملة، وانما الخلاف في أمر آخر، كما قلنا، وهو المناط الذي يتحقق به التدرع^(٢). وستناول هذه النقطة بالذات بالشرح والتفصيل عند استعراضنا لاقسام الذريعة عند الإمام الشاطبي.

الرد على حجة مبرأ سر الذرائع

الدليل الاول: قال تعالى « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله، فيسبوا الله عدواً بغير علم ».

وجه الدلالة: منع الله سبحانه من سب آلهة المشركين، مع أن توهين أمر الشرك مطلوب؛ بالنظر إلى ما يتوقع - في غالب الظن - من مقابلة المؤمنين بمثل ذلك، من سب رب العالمين سبحانه؛ فمنعت هذه الذريعة نظراً إلى هذا المآل لا إلى الباعث، فكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم، وفي هذا تصريح بالمنع من الجائر أو الواجب؛ لئلا يكون سبباً في فعل ما لا يجوز.

الدليل الثاني: « يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا، وقولوا انظرونا واسمعوا ».

نهى الله سبحانه المؤمنين عن كلمة « راعنا » - ومعناها: ارعني سمعك لتعني ما أقول - لئلا يكون ذلك ذريعة لليهود في توجيهها للنبي ﷺ قاصدين بها معنى آخر، من « الرعونة » وهو سب للنبي ﷺ^(٣).

يقول ابن رشد في المقدمات: « نهى عز وجل عباده المؤمنين أن يقولوا للنبي ﷺ « راعنا » وهي كلمة صحيحة معروفة في لغة العرب، معناها: ارعني

(١) المرجع السابق ج ٤ ص ٢٠٠ وما بعدها

(٢) المرجع السابق ص ٢٠١ في الهامش -

(٣) مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٩٨ - أحكام القرآن لابي بكر ابن العربي

ج ١ ص ١٥ اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٢٢ .

سمعتك وفرغه لي ؛ لتعي قولي وتفهم عني ؛ لأنها كلمة سب عند اليهود ، فكانت تسب بها النبي ﷺ في أنفسها ، فلما سمعوها من أصحاب النبي ﷺ فرحوا بها ، واغتموا ان يعلنوا بها النبي ﷺ ويظهروا سبه ؛ فلا يلحقهم في اظهاره شيء ، فأطلع الله نبيه والمؤمنين على ذلك ، ونهى عن الكلمة ؛ لئلا يكون ذلك ذريعة لليهود الى سب النبي ﷺ (١) .

الدليل الثالث : قوله ﷺ فيما اخرجه الشيخان عن عبد الله بن عمر : « إن من اكبر الكبائر ان يلعن الرجل والديه ، قيل يا رسول الله ؛ كيف يلعن الرجل والديه ؟ قال يسب أبا الرجل ؛ فيسب أباه ، ويسب أمه ؛ فيسب امه . » يقول الامام القرطبي : « فجعل التعرض لسب الآباء كسب الآباء » (٢) .

الدليل الرابع : حديث النعمان بن بشير فيما رواه مسلم ، « قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : الحلال بين والحرام بين ، وبينهما أمور متشابهات ، فمن اتقى الشبهات ، استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام ، كالراعي حول الحمى ، يشك أن يقع فيه . »

وجه الدلالة : أنه ﷺ يمنع الاقدام على الشبهات خشية الوقوع في المحرم ، سداً للذريعة (٣) .

الدليل الخامس : وقال ﷺ « لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين ، حتى يدع ما لا بأس به ؛ حذراً مما به البأس » (٤) ، ووجه الدلالة فيه يتبين .

هذا ، وقد أورد ابن القيم ، تسعة وتسعين وجهاً ؛ للدلالة على ثبوت هذا

(١) مقدمات المدونة لابن رشد ج ٢ ص ٩٨ الجامع لاحكام القرآن - للقرطبي

ج ٢ ص ٥٤ .

(٢) الجامع لاحكام القرآن ج ٢ ص ٥١ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق وراجع ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٤٦ - وبصورة

الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٢٧٥ والفروق للقرافي ج ٣ ص ٣٢ وما بعدها .

الاصل في الشرع (١).

الذريعة تأخذ حكم ما أفضت اليه دفعاً لمناقضة الشائع :

والثمرة التي تترتب على العمل بمبدأ سد الذرائع ، أن الوسيلة لا ينظر اليها في ذاتها من حيث الصحة والفساد ، أو الاذن والمنع ؛ بل تأخذ حكم ما أفضت اليه ، ولو كان تكييفها الشرعي في الاصل غير ذلك .
وعلى هذا ، فالمحظور مثلاً اذا ادى الى مصلحة مؤكدة ، وكانت المصلحة أرزبى من الضرر الناشئ عن المحظور ، أو بعبارة أدق ، وكان الضرر الذي يدفع بتحقيق هذه المصلحة اكبر من الذي ينشأ من ارتكاب المحظور ، صار ذلك المحظور في اصله في مرتبه المأذون به ؛ لتحقيق تلك المصلحة ؛ او لتحقيق دفع الضرر الأكبر .

ومن امثلة ذلك :

- ١ - دفع مال للمجاهدين فداء للأسرى من المسلمين .
- ٢ - دفع شخص مالاً لآخر على سبيل الرشوة او نحوه ؛ ليتقي به معصية يريد الظالم ان يوقعها ، وضررها اشد من ضرر دفع المال (٢) .

ما يستخلص من هذه الامثلة :

يتبين من هذه الامثلة ، أن الوسيلة لا ينظر اليها في ذاتها ، بل تكييف من جديد ، بالنظر الى مآلها ، فما أفضى الى مطلوب كان مطلوباً ، ولو كان في الاصل محظوراً ، وهذا ما يسمى بفتح الذرائع (٣) .

(١) اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٢٦ وما بعدها - وراجع فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ١٤١ وما بعدها .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٥٢ - وانظر كتاب مالك - للاستاذ الشيخ محمد ابى زهرة ص ١٥ - فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ١٣٩ .

(٣) الفروق ج ٢ ص ٣٢ وما بعدها - وتنقيح الفصول ص ٢٠١ .

وما يُقال في هذا النوع من الذرائع ، يقال في النوع الآخر الذي هو في الأصل مشروع ؛ ولكنه يكتسب صفة عدم المشروعية بالنظر لمآله أو باعته ، كما في البيع الذي يتوصل به الى الربا ؛ فانه يصبح غير مشروع بالنظر لما يفضي اليه من مفسدة الربا كثيراً، وهذا النوع هو الذي يتصل بنظرية التعسف لا النوع الاول .

والما اتينا بالنوعين ؛ لنقيم الدليل على ان .بدأ الذرائع - سداً وفتحاً - إنما هو توثيق للمقصد الاضلي من الشريعة ، وهو جلب المصالح ودرء المفاسد ، فاعطيت الوسيلة حكم ما افضت اليه .

يقول ابن القيم مقررأ هذا المعنى :

لما كانت المقاصد لا يتوصل اليها الا بأسباب وطرق تقضي اليها ، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها ، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها ، بحسب افضائها الى غاياتها . . فوسيلة المقصود تابعة للمقصود ، وكلامها مقصود قصد الغايات ، وهي مقصودة قصد الوسائل ؛ فاذا حرم الرب تعالى شيئاً ، وله طرق ووسائل تقضي اليه ؛ فانه يحومها ويمنع منها ؛ تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له ، ومنعاً أن يقرب حماءه ، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية ، لكان ذلك نقضاً للتحريم ، واغراءً للنفوس به ، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الالباء ؛ بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك ، فان احدثهم اذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء ، ثم أباح لهم الطرق والاسباب والذرائع الموصلة ، لعد متناقضاً ، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصود ^(١) .

ويقول القرافي : « الوسيلة الى افضل المقاصد افضل الوسائل ، والى اقبح المقاصد اقبح الوسائل ، والى ما هو متوسط متوسط متوسطة » .

(١) اعلام الموقعين ج ٣ ص ١١٩ وما بعدها .

الفروق للقرافي ج ٢ ص ٣٢ .

ويقول الامام العز بن عبد السلام من الشافعية :

كلما قويت الوسيلة في الاداء الى المفسدة، كان إثمها أعظم من إثم ما نقص عنها،
والبيع شاغل عن الجمعة حرام ؛ لا لأنه يبيع ؛ بل لكونه شاغلا عن الجمعة^(١)،
اي وسيلة الى ذلك .

وبالتأمل في تعليل هذا الحكم، اي حكم الوسيلة الجائزة او المطلوبة في ذاتها،
والذي تستمد من حكم ما افضت اليه ، يرى أنه لدفع مناقضة الشارع ، وهذا
هو درء التعسف في استعمال الحق ، ومن هنا يبدو أن نظرية التعسف قائمة - في
معياريها المادي - على مبدأ سد الذرائع، وهو مبدأ يتصل بروح الشريعة ومقاصدها.

وهذا ما أوضحه ابن قيم الجوزية في عبارته التي نقلناها عنه آنفاً حيث يقول :
« ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية للمحرم ، لكان ذلك نقضا للتحريم ؛
واغراء للنفوس به ، وحكمته تعالى وعلمه يابى ذلك .. الخ »^(٢).

افدام الذريعة باعتبار ما ألها عند الامام الشاطبي ، وتحرير

محل النزاع فيها وصدر ذلك بنظرية التعسف

الواقع ، ان الامام الشاطبي في تقسيمه^(٣) للذرائع هنا يرمي قواعد أصولية
تحكم استعمال الحقوق ، فهو اولاً يشير الى الحق والاباحة بقوله :

« جلب المصلحة أو دفع المفسدة اذا كان مأذوناً فيه ... الخ » والمأذون فيه
أعم من أن يكون ناشئاً بمقتضى حق أو اباحة ، لأن غير المأذون فيه ليس
مشروعاً ، وما ليس بمشروع لا يكون حقاً ولا مباحاً .

(١) القواعد للـ عز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٦ .

(٢) اعلام الموقعين ج ٣ ص ١١٩ وما بعدها .

(٣) الموافقات ج ٢ ص ٣٤٨ .

ثم يشرع في تقسيم أوجه استعمال الحق بالنظر الى لوازمه ، وما يؤول اليه من اضرار ، وهذا هو مجال النظر في التعسف في استعمال الحق .

يقول الساطبي :

« جلب المصلحة أو دفع المفسدة اذا كان مأذونا فيه على ضربين »

احدهما : ان لا يلزم عنه اضرار بالغير .

الثاني : ان يلزم عنه ذلك .

ثم يشرع في تقسيم هذا الضرب الثاني الى وجوه يمكن ايرادها فيما يلي ، مع بيان حكم كل وجه :

الوجه الاول : أن يقصد الجالب أو الدافع ، اي صاحب الحق او الاباحة - الإضرار ، كالمُرخص في سلعته ؛ قصداً لطلب معاشه ، وصحبه قصد الاضرار بالغير .

الوجه الثاني : أن لا يقصد اضراراً بأحد ؛ ولكن لزم عن ذلك ضرر عام ، كتلقي السلع ، وبيع الحاضر للبأدي ، والامتناع من بيع داره او فدانها ، وقد اضطر اليه الناس لمسجد جامع .

الوجه الثالث : ان لا يقصد اضراراً بأحد ؛ ولكن لزم عنه ضرر خاص ، واذا منع صاحب الحق من ممارسة حقه ، لحقه ضرر من ذلك ، فهو محتاج إلى فعله ، كالدافع عن نفسه مظامة يعلم انها تقع بغيره ، أو يسبق الى شراء طعام ، او ما يحتاج اليه ، او الى صيد أو حطب ، أو ماء او غيره ، علماً انه اذا حازه استضر غيره بعدمه ، ولو أخذ من يده استضر .

الوجه الرابع : أن لا يقصد الإضرار بأحد ، ولا يلحقه بالمنع من استعمال حقه ضرر ، ويكون ادأؤه الى المفسدة قطعياً في جري العادة ، كحفر البئر غلف الباب في الظلام ، بحيث يقع الداخل فيه بلا بد ، وشبه ذلك .

الوجه الخامس : ان لا يقصد اضراراً بأحد ، ولا يلحقه بالمنع مضرة ،

ويكون اداؤه الى المفسدة نادراً ، كحفر البئر بموضع لا يؤدي غالباً الى وقوع احد فيه .

الوجه السادس : ان لا يقصد اضراراً بأحد ، ولا يلحقه بالمنع مضرة ، ويكون اداؤه الى المفسدة غالباً ، كبيع السلاح من أهل الحرب ، والغضب من الحمار ، ونحو ذلك .

الوجه السابع : أن لا يقصد اضراراً بأحد ، ولا يلحقه بالمنع مضرة ، ويكون اداؤه الى المفسدة كثيراً لا غالباً ، كمسائل بيوع الآجال ونحن نستعرض هذه الالوجه وبيان احكامها في الشرع ؛ لنظفر بما يلي :

اولاً - تحديد مجال نظرية التعسف ، وهل هو قاصر على الحق بالمعنى الاستثنائي ، او شامل للإباحات كذلك .

ثانياً - تحديد نطاق معايير النظرية ؛ لنرى هل يقتصر على المعيار الذاتي الذي يتمثل في العوامل النفسية ، من قصد الاضرار او الباعث غير المشروع ، او يتعدى ذلك الى المعيار المادي الذي قوامه الموازنة بين المصلحة التي يجنيها صاحب الحق ، من حيث ان الحق قد شرع لاجلها ، وبين ما يلزم عن ذلك من مضرة مساوية او راجحة ، او يشمل كذلك - بالاضافة الى هذين المعيارين - معياراً مختلطاً ، يستعان بالمادي للكشف عن العنصر النفسي .

ثالثاً دور النظرية ووظيفتها ، وهل هو قاصر على التضمن ، او أن لها دوراً وقائياً تقضي بالمنع أو الحيلولة دون وقوع الاضرار ، أو استمرارها ، بمنع اسبابها ، الى جانب ماتقضي به من التضمن عما وقع ان كان له وجه .

بيان ما يتعلق بأوجه استعمال الحق^(١) من النظام

قبل البدء في بيان الاحكام ، نقرر أن استعمال الحق ، اذا لم يلزم عنه مضرة بالغير ، فحكمه انه باقٍ على اصل الاذن ، ولا اشكال فيه .

(١) نقصد بالحق هنا ما هو اعم من الحق بالمعنى الاستثنائي والإباحة .

حكم الوجه الاول :

وهو استعمال الحق اذا قصد به مصلحة شخصية ، وصحها قصد
الاضرار بالغير .

في المسألة تفصيل : فاذا كان ذو الحق ، لو انتقل الى وجه آخر جلب المصلحة
أو درء المفسدة ، حصل له ما أراد أو لا ؟ فان كان كذلك ؛ فلا إشكال في
منعه منه ؛ لقيام القرينة على قصد الاضرار ؛ لانه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل
الاضرار ؛ فلينقل عنه ، ولا ضرر عليه ، كما يمنع من ذلك الفعل اذا لم يقصد
غير الاضرار ، وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستتر منها الغير ،
فحق الجالب أو الدافع مقدم .

ونضيف هنا قيداً ، وهو انه يجب - ليقدم حق الجالب أو الدافع - أن
يكون الضرر اللاحق بالغير مساوياً لضرر صاحب الحق من جراء منعه أو أقل ،
اما اذا كان فاحشاً أو راجحاً منع صاحب الحق من ممارسة حقه على ماعليه جمهرو
الفقهاء ، من الحنفية ^(١) والحنابلة والمالكية .

حكم الوجه الثاني :

منع ذي الحق من استعمال حقه ، اذا لزم عنه ضرر عام ؛ ولو لم يكن منه
قصد الى الاضرار بأحد ، وحتى لو استضر هو ؛ لأن ضرره يجبر ، فاذا نزع
ملكه داره لتوسيع مسجد مثلاً مجبر ضرره بمنحه تعويضاً عادلاً ، وكذلك
يجبر أهل الصناعات على بذل منافعهم ؛ اذا امتنعوا ، وتعلقت حاجة الناس بها ،
ويعطون أجر المثل ، وهذا يؤكد أن الشريعة تقدم المصلحة العامة مع رعاية
المصلحة الخاصة ، توفيقاً بينهما ما أمكن التوفيق .

وأما تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي ، فيمنع المتلقي ، والسمسار ،

(١) تبين الحقائق للربيعي ج ٤ ص ١٩٦ .

وتتقدم المصلحة العامة إذا لحق العامة مضرة ، ولو لم يكن من الفرد قصد إلى
الاضرار بأحد كما هو الفرض .

حكم الوجه الثالث :

وفي هذا الوجه يلزم عن استعمال الحق في الاحتياز ضرر بالغير من الأفراد
مماثل للضرر اللاحق بذوي الحق اذا منع ؛ ولكن يلاحظ أن الغير الذي يلحقه
الضرر لم يتقو له حق في محل الضرر ، ومن أمثلتها :

أن يسبق إنسان إلى شراء طعام ، أو إلى استئجار أرض أو دار ، وهو
يعلم أنه اذا فعل ذلك استضر غيره ؛ لحاجته إلى هذه الأشياء ، واذا لم يفعل
استضر هو .

أو يسبق إلى حيازة مباح كالصيد والخطب ، أو ان يدفع ظمأ عن نفسه ،
وهو يعلم انه يلزم من ذلك وقوعه بغيره ، فحكم هذا الوجه الجواز .
أما إشراك وتسوية الغير أو إثاره في هذا الذي حازه ، فهو مستحب من
الناحية الدينية والحلقية .

أما من الناحية القضائية فتحق السابق مقدم ، وإن لحق غيره بذلك
ضرر ؛ لأن جلب الإنسان لمصلحته ودفع المفساد عنه مقصود للشارع لا محالة ،
كما يدل على ذلك قوله تعالى : « ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة » .

ويشير إليه أيضاً إباحة أشياء منعها الشارع للضرورة أو الحاجة ؛ كإباحة
الخمر للمضطر ، وجواز استقراض الدرهم بمثله إلى أجل ، وإباحة العرايا ، مع أن
فيها شبهة الربا ، وإباحة السلم مع أنه بيع المعدوم .

فاذا كان الشرع قد رخص في المحظور ؛ لحاجة الإنسان ، فأولى أن يكون
له حق استيفاء المباح ، مادام لم يتقرر فيه حق للغير ، ولا يباي بضرره ؛
لأن الاول أحق منه بالسبق .

وعلى هذا ، فسبق الإنسان إلى فعل ما يجلب مصلحة أو يدفع مفسدة ،

كالشراء والاجارة والحيازة ودفع الظلم ، حق ثابت مشروع على وجه الاباحة ، يجوز للانسان أن يتعاطاه ، كما يجوز له أن يسقطه ، الا اذا كان مضطراً اليه ؛ فانه يتعين عليه تعاطيه ؛ لأنه أصبح واجباً عليه ؛ صيانة لنفسه أو دينه أو غيرهما من الضروريات .

ومن تأمل هذا الوجه ، تبين له انه يتعلق باستعمال الرخص والاباحات ، فحكم الشارع هو الاذن لمن سبق الى الشراء او الاجارة أو غيرهما ، ولا يلتفت الى ما ترتب على الحيازة من الضرر ؛ لسبقه الى خيره في شيء لم يتقرر للآخر حق فيه ؛ ولذلك قلنا : إنه لم يتقرر لأحدهما حق في محل الضرر ومنشئه .

أما إن تقرر لأحدهما حق فيه ؛ كما في التصرف في حق الملكية ، فيقدم دو اليد ، وله أن يتصرف في ملكه بما أحب ؛ ولو لحق بغيره ضرر بمائل لضرر المالك فيما لو منع من استعمال حقه ، أما اذا ترتب عليه ضرر بالغير أشد مما يلحقه المالك من ضرر منعه من التصرف ، او ترتب عليه ضرر عام ، منع .

فمن الأول : إنسان بيده طعام لم ترق الحاجة اليه الى حد الضرورة ، وآخر مضطر اليه لإحياء نفسه ، يؤخذ منه الطعام جبراً بالقيمة^(١) ، وليس له إمساكه .

ومن الثاني : إجبار المحتكر على بيع ما في يده للعامة ، اذا كان يضرهم الاحتكار ، هذا هو الحكم الفقهي القضائي .

وأما الحكم الخلقي ، فقد بيناه في الدعامة^(٢) الخلقية التي يقوم عليها التشريع الاسلامي ؛ وأنه يستحب في هذا الوجه التسوية والاشتراك ؛ بل الايثار ، ما لم يضيع عليه مقصوداً من مقاصد الشرع ، في المحافظة على نفسه أو دينه أو عقله أو عرضه ، فان توقع حدوث ذلك ، كان المقصد الشرعي أولى بالرعاية .

(١) في أخذ القيمة خلاف ، ففي المذهب الحنبلي رأى يقول : بوجوب بذله مجاناً ؛ لان احياء النفوس واجب - الطرق الحكيمة - ص ٢٨٨ وما بعدها .

(٢) راجع ص ٨٨ .

وكذلك القربات ، لا ايثار فيها ، لأنها لله تعالى ، ففيها المنافسة ^(١) ،
ومن المقررات الشرعية ، أن الايثار في القرب مكروه .

حكم الوجه الرابع :

المفروض في هذا الوجه ، أن الجالب للمصلحة أو الدافع للمفسدة لا يلحقه
من منعه ضرر ، وإفشاء فعله الى الاضرار بغيره قطعي في جري العادة بإقدامه
على الفعل - مع علمه بلزوم المصرة بالغير قطعاً - مظنة لقصد الاضرار ، او
هو تقصير في الاحتياط لتجنب الاضرار ، او تقصير في فهم المعاني الاسلامية ،
وما تلزمه به من الحرص واليقظة والتعاون على البر والتقوى ؛ لعصمة الانسان
عن الاضرار به وإيلامه ؛ لقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » فيمنع من الفعل ،
واذا فعل ضمن ما يترتب على فعله من ضرر .

والواقع أن هذه المسألة يتعارض فيها أصلان :

الاول - النظر الى الإذن في ذاته ، وقصده لما يجوز له أن يقصد ، والفرض
أنه لم يقصد الاضرار بغيره ، فهذا - من هذه الوجهة - جائز لا محذور فيه .

الثاني - النظر إلى إقدامه على الفعل مع علمه بلزوم مصرة الغير على الوجه
القطعي عادة ، فمن حيث كونه عالماً بذلك ، ولا يستضر بترك الفعل ؛ فانه من
هذه الوجوه مهمل ، أو مقصر في الاحتياط ، أو يعتبر اقدامه على الفعل في هذه
الحال مظنة « لقصد الاضرار » فيمنع بهذا الاعتبار من باب أولى .

والواقع ، أن في هذا الوجه خلافاً بين الاصويين ، ومبنى الخلاف : هل
النهى عن الشيء لو صف مجاور منك ، يؤثر في صحته إذا وقع ، كالصلاة في الارض
المقصورة ، للعلماء في هذا الاصل خلاف ليس هنا موضع بحثه ؛ فمنهم من رجح
المنع ، وفي هذه المسألة التي نحن بصدد البحث فيها يمنع ، من جهة أنه عالم بالضرر ،
وبوسعه أن يتفادى وقوعه ، فقامت مظنة أنه يقصده ، فالفعل مناقض لقصد
الشارع ، وكل ما ناقض الشريعة باطل .

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٥٥ وما بعدها .

حكم الوجه الخامس :

وهو أن الجالب أو الدافع غير قاصد الاضرار باحد ، ويلزم عن فعله مضرة^(١) بالغير نادراً ، فيرجع جانب الإذن ؛ لأن العبرة بغلبة المصلحة على المفسدة ، لا بندرة المفسدة التي لا تخلو منها مصلحة ، ورجحان المصلحة يعتبر ضابطاً للمشروعات .

ويقول الامام الشاطبي : « لا يُعد قصد القاصد الى جلب المصلحة ، أو دفع المفسدة - مع معرفته بندرة المضرة عن ذلك - تقصيراً في النظر ، ولا قصداً الى وقوع الضرر ؛ فالعمل إذن باقٍ على أصل المشروعية^(٢) » .

حكم الوجه السادس :

وهو ما يكون أداء الفعل الى المفسدة ظناً ، فيجوزي الظن مجرى العلم في العمليات ، وعلى هذا يمنع ، ولا يلتفت الى أصل الاذن والاباحة .
ووقع الخلاف في هذا الوجه من قبل أن المتسبب لم يقصد الا مصلحة نفسه ، ولم يقصد ضرراً بالغير^(٣) .

حكم الوجه السابع :

وهو الفعل الذي يفضي الى المفسدة كثيراً ؛ ولكن لا يبلغ درجة الأمر الغالب ، أي لا يقطع بترتب المفسدة على الفعل ، ولا يغلب على الظن ذلك ، وإذا لم يعلم ذو الحق بترتب المفسدة ، ولا يغلب على ظنه ذلك ، فلا يحمل تبعة الضرر الواقع ، ولا يبطل تصرفه ؛ لضرر متوقع ؛ لانه لا يعتبر قاصداً للضرر ، وليس من مظنة لهذا القصد نقيم حكم الرفع أو الدفع على أساسها ، كما لا يعتبر

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٥٩ .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٥٩ .

مقصراً في الاحتياط ؛ لتفادي وقوع المفسدة المترتبة على فعله ؛ فيرجع جانب الاذن ؛ لانه الاصل ، ولم يعارضه اصل قائم على أساس فقهي سليم .

ومثال ذلك بيع العينة ، وهو البيع الذي يتذرع به الى الربا ؛ فالفرض أن أحداً من المتبايعين لم يظهر منه قصد الى مال هذا البيع ، وليس من مظنة لهذا القصد ؛ اذ لا يغلب على الظن ان كل بيع من هذا القبيل مفض الى الربا ، او يقصد به ذلك ؛ اذ لم يصدر من أي من المتبايعين ما يكشف عن الباعث يقيناً ولا ظناً ؛ فعلى أي أساس نقيم حكم المنع ؟

على أن ما يرجع جانب الاذن - فضلاً عن ذلك - أن الاصل حمل حال المؤمن على الصلاح .

رأي مالك :

وخالف في ذلك الإمام مالك ، فذهب الى أن إقامة الكثرة مقام العلم أو غلبة الظن يستوجه الاحتياط في دفع الفساد عن المجتمع ، وكثرة وقوع المفسدة كافية للمنع ؛ ولأن الشريعة تقوم على الاحتياط والحزم ، وهذا يستوجب إقامة الكثرة مقام غلبة الظن في المعاملات ، وإذا كان الاصل هو الاذن ، فقد عارضه اصل آخر لا يقل عنه قوة ؛ هو عصمة الانسان غيره من فرد أو جماعة عن الاضرار به وإيلاجه ؛ لقوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » فتخرج هذا الاصل الاخير ؛ تطهيراً للمجتمع من الفساد ، والمقرر في الشريعة ، أن درء المفسد مقدم ، وعلى هذا ؛ فكثرة الفساد داعية الى هذا الترجيح ، والى اعتبارها في مرتبة الامر الغالب .

ويستند الإمام مالك في هذا الترجيح إلى أمور ثلاثة :

الأول - أنه يجب النظر الى النتائج والثمرات التي تترتب على الافعال ، أي الوقائع المادية الخارجية ؛ لانها هي الامر الجوهرى في سد الذريعة ، وأما النية أو الباعث فأمر ثانوي كما قدمنا .

الثاني - ان كثرة الفساد توجب اعتبارها في مرتبة الامور الظنية الغالبة؛ احتياطاً وتقديماً لدرة الفساد على جلب المصالح ، فرجع جانب المنع .
 الثالث - انه قد ورد من الشارع آثارٌ صحيحةٌ تحرم أموراً كانت في الأصل مأذوناً فيها ؛ لانها تؤدي في كثير من الاحوال الى الفساد ، ولو لم تكن غالبية ، من ذلك :

- ١ - نهى رسول الله ﷺ عن الخلوة بالاجنبية .
 - ٢ - النهي عن ان تسافر المرأة من غير ذي رحم محرم .
 - ٣ - حرمت خطبة المعتدة حتى لا تكذب في العدة .
 - ٤ - النهي عن هدية المديان ، اذا لم تجر له عادة بذلك .
- كل هذا التحريم ؛ لكثرة ما يترب على هذه الافعال من الفساد ، وان لم يقطع بافضائها الى هذا المآل ، او يغلب على الظن ذلك .
 ويتفق الامام احمد مع الامام مالك في هذا النظر^(١) .

ما يستنتج من هذه الاطمام

أ - فيما يتعلق بمجال تطبيق النظرية :

أولاً - لم يفرق الفقهاء في الفعل المأذون فيه اذا لزم عنه مفسدة بالغير بين ما اذا كان الشخص المأذون له فيه يباشره بمقتضى اباحة أو حق ، وعلى هذا فمجال تطبيق نظرية التعسف في الفقه الاسلامي لا يقتصر على الحقوق ؛ بل يشمل ايضاً الاباحات .

ب - فيما يتعلق بمعايير أو ضوابط التعسف :

أولاً - - تحض قصد الاضرار : يمنع استعمال الحق اذا لم يكن لصاحبه قصد

(١) اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٢٠ وما بعدها .

سوى الاضرار بالغير^(١) . يقول الامام الشاطبي : « كما يمنع من ذلك الفعل اذا لم يقصد غير الاضرار »^(٢) .

هذا ؛ ولعسر الكشف عن هذه النية ؛ لانها امر نفسي خفي ، اكتفوا بظنة هذا القصد اذا دل على ذلك القرائن وظروف الاحوال ؛ فمن ذلك مثلاً ما ورد في حكم الوجهين الاول والرابع ، وهو ما اذا لم يتمحض القصد الى الاضرار ؛ بل اختلط بقصد نفع النفس ، ومظنة القصد الى الاضرار يدل عليها اصراره على استعمال حقه على وجه يلحق بغيره الضرر ، في حين أنه في امكانه أن يحصل مصلحته من وجه آخر لا يستضر منها غيره ؛ فيمنع من التعسف في استعمال حقه على الوجه الضار ؛ لانه لم يقصد ذلك الوجه الا للاضرار والتعسف ، والفرض أنه لا ضرر عليه في هذا الانتقال الى وجه آخر لا يلزم عنه مضرة ؛ فيمنع من التعسف في هذه الحالة ، كما يمنع اذا لم يقصد الا الاضرار ، فالحالتان - كما ترى - سواء في المنع . ونضيف الى ذلك ، أن هذه القرينة في الدلالة على قصد الاضرار مجرد مثال ، وهناك قرائن كثيرة يمكن الاعتماد عليها في الكشف عن قصد الاضرار ، كتفاهة المصلحة التي يريد تحقيقها ذو الحق بالقياس الى ما يترب على فعله من اضرار فاحشة ؛ فهذه التفاهة مظنة لقصد الاضرار بغيره .

ثانياً - الباعث غير المشروع : فقد رأينا الامام « مالك » يمنع الفعل المأذون فيه اذا كثّر القصد فيه الى تحقيق مصلحة غير مشروعة ، وذلك بالتحايل على قواعد الشرع ، بتقديم امر ظاهر الجواز ؛ لتحليل محرم ، كما في بيع « العينة » الذي يقصد به الحصول على الربا .

ولا خلاف بين الفقهاء في منع الفعل ، وابطال التصرف ، اذا ظهر من الفرد

(١) راجع حكم الوجه الاول ، وراجع الموافقات ج ٢ ص ٣٤٩ .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٤٩ - وقد ذكر ابن رجب من الخبالة هذا المعيار صراحة

في شرحه لحديث : « لا ضرر ولا ضرار » حيث يقول : « ان لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير » .

قصده الى المال المنوع ، والخلاف فيما اذا لم يظهر عن طريق العبارة ، فالامام مالك - رحمه الله - يكتفي بالقرائن ، فبيع العينة - مثلاً - ينطوي على قرينة تدل على الباعث إلى تحقيق المصلحة غير المشروعة ، وهو فعل اللغو ، فهو باطل عنده لذلك ، خلافاً للشافعية .

ثالثاً - الموازنة بين النفع والضرر : توازن الشريعة - في حكمها على استعمال الفعل المأذون فيه - بين المصلحة التي يتوخاها ذو الحق ، والمفسدة التي تلزم عنه ، فاذا رجحت كفة الضرر منع الفعل ، لانه اصبح غير مشروع . وهذا معيار للتعسف موضوعي مادي يعتمد الوقائع الخارجية بقطع النظر عن المقاصد والنيات .

ج - ما يستنتج من اوجه استعمال الحق مما يتعلق بتكليف التعسف :

يلاحظ أن احكام وجوه استعمال الحق لا ينتظمها مفهوم التعدي عند القدامى من الفقهاء ، أو المتأخرين ، لما يلي :

أولاً - ان اصل الفعل التعسفي مأذون فيه ، والتعدي يفترض وجود فعل غير مشروع أصلاً .

ثانياً - على فرض اعتبار التعدي بتحقيق بنية الاضرار ، أو التقصير والاهمال ، بقطع النظر عن مشروعية الفعل في الاصل - كما هو مفهومه عند المتأخرين ، فإن من وجوه استعمال الحق الذي أوردها الامام الشاطبي ما افترض فيه انتفاء قصد الاضرار ، كما في تلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ، اذا ترتب عليه ضرر عام ، وكما افترض في الوجه السابع انتفاء العلم بلزوم المضرة او الاهمال في الاحتياط ، فلم يعتبر الدافع النفسي والبواعث الشخصية ، ولا حتى الاهمال والتقصير ، ومع ذلك منع الفعل ، فأين معيار التعدي هنا ؟ (١) .

(١) كتاب مالك للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ص ٤١٤ .

د - ما يتعلق بوظيفة نظرية التعسف :

ان مبدأ سد الذرائع قائم على دفع ضرر متوقع ، بتحريم التسبب فيه ، والمنع من ممارسته ، وهذا هو الدور الوقائي الذي تقوم به نظرية التعسف ؛ اذ تحريم صاحب الحق من ممارسته حقه على نحو تعسفي ؛ توقياً من وقوع الضرر ، او الانحراف عن غاية الحق ؛ وبذلك تكون نظرية التعسف أوسع مجالاً من نظرية التعدي في الفقه الاسلامي ؛ لان هذه الاخيرة لا تنوّر المسؤولية فيها الا بعد وقوع الضرر ، وهذا بالاضافة الى دورها في معالجة ما يترتب على الاستعمال التعسفي حال وقوع الضرر فعلاً ؛ بترتيب المسؤولية والجزاء بعد ان يقطع سببه ؛ حتى لا يستمر مستقبلاً .

المطلب الثاني

القاعدة الثانية :

قاعدة تحيل

يقول الامام الشاطبي في تعريف الحيلة : « وحقيقتها : تقديم عمل ظاهر الجواز ؛ لابطال حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر الى حكم آخر ^(١) ، فمال العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع ، كالواهب ماله عند رأس الحول فراراً من الزكاة ^(٢) .. الخ » .

والاحتيال الذي يعتمد امراً ظاهراً الجواز ؛ لتحقيق مصلحة غير مشروعة ، بتحليل محرم أو اسقاط واجب ، هو عين التعسف ؛ لما فيه من مناقضة قصد المحتمل

(١) موافقات ج ٤ ص ٢٠١ - الطرق الحكيمة ، لابن قيم الجوزية ص ٢٨٢ .

(٢) موافقات ج ٤ ص ٢٠١ .

للقصد الشرعي ، لان القصد غير الشرعي في الحيلة هادم للقصد الشرعي .
وبيان وجه المناقضة ، أن الهبة التي ندب الشرع اليها ، المقصود بشرعيتها
تطهير النفس من الشح ، وارفاق المساكين ، ومد يد العون الى الملهوفين ، أو
مكافأة من أسدى العون ؛ توثيقاً لروابط المودة ؛ ولكن هبة المال قرب نهاية
الحول - وهو تصرف في حق الملكية - فراراً من الزكاة واسقاطها ، فيها تقوية
لرذيلة الشح ، وحرمان الفقراء من حقهم ، فمناقضة قصد الشارع في الهبة
الصورية - كما ترى - ظاهرة .

على أن قصد الشارع في الهبة المشروعة كما بينا لاتنافي قصد الشارع في الزكاة ؛
ولكن في الهبة الصورية التي اتخذت وسيلة لاسقاط واجب الزكاة ، مناقضته
ظاهرة لقصد الشرع في الهبة المشروعة والزكاة المفروضة على سواء .
فالقصد غير الشرعي - كما يقول الامام الشاطبي - هادم للقصد الشرعي ، وأن
التعسف في استعمال الحق الذي يقصد فيه معاندة الشارع وهدم قصده ، تعسف من
الطراز الاول .

وابن القيم يعتمد في ابطال الحيل على مبدأ هو : أن الأصل في الاحكام
التعليل ، وانها شرعت لمصالح العباد في المعاش والمعاد ، فالاحتياط على تحليل
المحرم ، واسقاط الواجب ، مناقضة لقصد الشارع ، وتعطيل للمصالح وتحقيق للمفاسد .
ويقول ابن القيم : « وما يدل على بطلان الحيل وتحريمها ، ان الله تعالى انما
أوجب الواجبات ، وحرّم المحرمات ، لما تضمن من مصالح عباده في معاشهم
ومعادهم .. فاذا احتال العبد على تحليل ما حرم الله ، واسقاط ما فرض الله ،
وتعطيل ما شرع الله ، كان ساعياً في دين الله بالفساد من وجوه :

أحدها : ابطالها ما في الأمر المحتال عليه من حكمة الشارع ، ونقض
حكيمته فيه ، ومناقضته له .

الثاني : ان المحتال به ايسر له عنده حقيقة ، ولا هو مقصوده ؛ بل ولا

هو ظاهر المشروع، فالمشروع ليس مقصوداً له، والمقصود له هو المحرم نفسه^(١).
فإن القيم يعبر عن التعسف بنقض حكمة الشارع أو المناقضة لها، أو هو استعمال الحق في غير ما شرع له.

ويصور ابن القيم هذه المناقضة في الحيل بقوله :

« وتجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة : فإن الشارع يسد الطريق الى المفاسد بكل ممكن ، والمحتال يفتح الطريق اليها بحيله ، فإن من يمنع الجائر خشية الوقوع في المحرم ، الى من يعمل الحيلة في التوصل اليه ؟ »^(٢).
ولقد تنبه بعض فقهاء الغرب المحدثين - جوسران - الى هذا المعنى ، وجعل التعسف هو « التحايل على غاية الحق »^(٣).

بينما يقرر فقهاء الاسلام هذا المعنى منذ أمد بعيد ، ويفصلون القول فيه بما لم يعهد في أي شريعة من الشرائع ، فالتحايل هو العمل المخالف لروح الحق، والغرض الاجتماعي أو الاقتصادي الذي شرع من أجله .

والخلاصة : ان التحايل بأمور ظاهرة الجواز قصداً الى إبطال حكم شرعي، هو من صميم التعسف .

ويقوم ابن قيم الجوزية الدليل على ابطال الحيل بقوله (ص) :

« إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى » فيقول : إن الأعمال تابعة لمقاصدها ونياتها ، وأنه ليس للعبد من ظاهر قوله وعمله إلا ما نواه وأبطنه ، لا ما أعلنه وأظهره ، وهذا نص في أن من نوى التحليل^(٤) كان محللاً ، ومن

(١) كما مر في مذهب مالك .

(٢) اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٤٠ وما بعدها .

(٣) روح الحقوق ونسبيتها - جوسران - نبذة ٢٩١ .

(٤) أي تحليل المطلقة ثلاثاً الى زوجها المطلق عن طريق زواج صوري يسمى

« نكاح التحليل » .

نوى الربا بعقد البيع كان مرابيا^(١) .
واذا كان قصد المتحايل مناقضاً لقصد الشارع ، فليعامل بنقيض قصده ،
وليُبطل عمله ولا ينفذ .

يقول ابن القيم : « ولكن الذي ندين الله به تحريمها - تحريم الحيل -
وابطالها ، وعدم تنفيذها ، ومقابلة أربابها بنقيض مقصودهم ، موافقة لشرع الله
وحكمته »^(٢) .

ومن هنا استنبط الفقهاء « قاعدة الامور بمقاصدها » ، فلا بد من شرح هذه
القاعدة ، والاصل الذي استندت اليه ، ووجه صلتها بنظرية التعسف .

الأمور بمقاصدها^(٣)

معنى هذه القاعدة : أن الأعمال مرتبطة بالنيات ومعتبرة بها ، فالنية هي
الميزان الذي توزن به الاعمال وسائر التصرفات ، وهي المرجع في الحكم على
الاعمال من حيث الحل والحرمه والصحة والفساد .

والأصل^(٤) في هذه القاعدة ، قول النبي صلى الله عليه وسلم : « إنما الاعمال
بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى »^(٥) .

قيل إن هذا الحديث يحتمل وجهين من المعنى :

الاول : « أن الاعمال واقعة بالنيات » فالحديث يخبر ان الاعمال لا تحدث
الا بنية تدفع الى ايجادها ، وقوله ﷺ : « إنما لكل امرئ ما نوى » اخبار

(١) اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٤٢/١٤٣ - راجع الادلة على ابطال الحيل .

(٢) اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٥٦ .

(٣) مجلة الاحكام العدلية / مادة / ٢

(٤) الدليل

(٥) رواه البخاري ومسلم .

عن حكم الشرع ، وهو ان العامل يناله ثواب او عقاب على ضوء من نية صلاحاً وفساداً .

الثاني : ان « الاعمال صالحة او فاسدة او مقبولة أو مردودة ، او مثاب عليها ، او غير مثاب عليها ، بالنيات ، فيكون خبراً عن الحكم الشرعي ، وهو أن صلاحها وفسادها بحسب صلاح النية وفسادها كقوله (ص) : انما الاعمال بالخواصم ، أي أن صلاحها وفسادها ، وقبولها وعدمها بحسب الخاتمة (١) » .

ويقول ابن رجب : وقد استدل بقوله (ص) « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى » على أن العقود التي يقصد بها في الباطن التوصل الى ما هو محرم غير صحيحة ، كعقود البيوع التي يقصد بها معنى الربا ونحوها ، كما هو مذهب الامام مالك وأحمد وغيرهما ، فان هذا العقد انما نوى به الربا لا البيع ، « وانما لكل امرئ ما نوى » (٢) .

قلنا : ان الحديث أصل لقاعدة « الامور بمقاصدها » وفي مجلة الاحكام العدلية شرح لهذه القاعدة كما يلي :

« ان الصور الحسية التي توجد في الخارج لأي أمر من الامور ، لا تأخذ حكماً شرعياً بالاستناد الى محسوسيتها فقط ، بل للانضمام للمقصد والغرض الذي هو الحامل - الباعث - على ايقاع تلك الصورة واحداثها (٣) » .

ولما كان القصد او الباعث يمثل المعيار الذاتي لنظرية التعسف ، كانت صلة القاعدة بالنظرية واضحة ، وأصبح لزاماً علينا ان نتناول بالبحث « فكرة الباعث » في الفقه الاسلامي ، وأثرها في العقود والتصرفات ، وآراء أئمة المذاهب في هذا الصدد .

(١) جامع العلوم والحكم ص ١٨ .

(٢) المرجع السابق - اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٤٢ وما بعدها .

(٣) شرح الادلة الاصلية على مجلة الاحكام العدلية - الجزء الاول - محمد سعيد

مراد الغزى ص ٨ .

المطلب الثالث

الباعث في الفقه الإسلامي

كان للفقه الاسلامي فضل السبق في ارساء مبدأ «الرضاينة في العقود» تأسيساً على احترام سلطان الارادة ، قبل أن تعرفه اوروبا بقرون ، ويقضي هذا المبدأ ، بأن يتم العقد وينتج آثاره بمجرد اتفاق إرادتين ، دون توقف على شيء من الاجراءات والمراسيم الشكلية .

غير أن هذه الارادة قد يحركها باعث ؛ لانشاء تصرف هو في ظاهره مستكمل لاركانه وشروطه الشرعية ، من توافر الايجاب والقبول ، وأهلية تامة للعاقدين ، ومحلية للعقد قابلة لحكمه ؛ لتحقيق اغراض غير مباشرة ، تتجاوز الحدود الاخلاقية ، او المصلحة العامة ، أو بعبارة أخرى ، تناقض مقاصد التشريع . فوقاية من تعسف الارادة ، وما يؤول اليه طغيانها من تحقيق أغراض غير مشروعة ، أرست الشريعة فكرة الباعث كقيد يرد على تصرف الارادة ، او على مبدأ الرضاينة ، حتى لا تناقض مقاصد التشريع فيما تنشيء من تصرفات هي في ظاهرها جائزة ؛ ولكن في تنفيذها - بالنظر الى ما تهدف اليه من غاية نهائية غير مباشرة - ما يمس المصلحة العامة ، او يهدم مقاصد التشريع .

تحرير معنى الباعث :

يقصد بالباعث : الدافع الذي يحرك ارادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر .

والمقصود هنا ، الدافع الى تحقيق غرض غير مشروع ، يجاوز الحدود الاخلاقية ، او بمس المصلحة العامة أو يناقض مقاصد التشريع .

فعقد البيع مثلاً من نتائج المباشرة انتقال ملكية المبيع للمشتري ، وانتقال ملكية الثمن للبائع ، اما الغرض غير المباشر الذي يمكن أن يكون باعاً لأحد المتعاقدين ، او لكليهما ، فنحو أن يبتغى المشتري اتخاذ المبيع لتحقيق غرض محرم ، كمن يشتري عباً ليتخذ خمرأ مثلاً ؛ فاتخاذ عصير العنب خمرأ باعث حمل المشتري على انشاء عقد البيع مع البائع ، وهو دافع - كما نرى - غير مشروع ؛ لانه يرمي الى تحقيق غرض يحرمه الشارع .

هذا ، والبائع - كما هو واضح - أمر نفسي ذاتي خفي وخارج عن نطاق التعاقد ؛ لانه ليس ركناً في التصرف داخلي ماهيته ، ولا شرطاً يتوقف عليه وجوده ، واذا كان البائع أمراً ذاتياً ، فهو متغير ، أي يختلف باختلاف الاشخاص .

إذن ، يمتاز البائع بالخصائص الآتية : بأنه ذاتي ، وخارج عن نطاق التعاقد ، وأنه متغير ، وهذه نتيجة لكونه أمراً نفسياً ذاتياً ^(١) .

واذا تعددت البواعث فالعبرة عندئذ للبائع الرئيسي .

ففكرة البائع إذن وسيلة لابطال التصرف الذي ظاهره الجواز ، ويقصد به الوصول الى أغراض وغايات محرمة ، وهو بهذا المعنى ينطبق على الاحتيال على قواعد الشرع الذي أشار اليه الامام الشاطبي في تعريفه للحيلة بقوله : « وحقيقتها تقديم عمل ظاهر الجواز ، لابطال حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر الى حكم آخر ^(٢) » أي من تحليل محرم او اسقاط واجب ، وكلاهما يناقض لمقاصد التشريع . وقد بيّن الإمام الشاطبي هذه المناقضة بقوله : « فآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة ^(٣) » .

(١) الوسيط ج ١ ص ٤٥٧ للدكتور السنهوري .

(٢) الموافقات ج ٤ ص ٢٠١ .

(٣) المرجع السابق .

مكانة الباعث في الفقه الإسلامي

قدمنا أن الفقه الإسلامي ذو نزعة مثالية يقيم للعناصر الخلقية^(١) والأدبية المقام الأول في تشريعه ؛ لسبب بسيط ، هو أنه فقه ديني الصبغة ، وقد فصلنا القول في ذلك أثناء البحث في مثالية الفقه الإسلامي ، والدعامة الخلقية التي يقوم عليها ، وقد تظاهرت الآيات الكثيرة على توطيد ذلك ، من مثل قوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ، ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » وقوله تعالى : « إن الله يأمر بالعدل والإحسان » وقوله تعالى : « قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن ، والإثم والبغي بغير الحق » وقوله تعالى في وصف ما جاء به الرسول عليه الصلاة والسلام من تشريع « يحلّ لهم الطيبات ، ويحرم عليهم الخبائث ، ويضع عنهم إصرهم ، والأغلال التي كانت عليهم . »
كل ذلك يقتضي أن يعتد بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها ؛ فكان الفقه الإسلامي ذا نزعة ذاتية .

غير أنه إلى جانب ذلك ينزع نزعة مادية موضوعية ، تعتد بالعبارة الظاهرة في التصرفات ، بمعنى أن تمام التصرف وصحته وترتب آثاره عليه ، كل ذلك منوط بالكيان التعبيري للتصرف الذي تفصح عنه العبارة ، ومقتضى هذه النزعة ، ألا يعتد بما هو خارج عن نطاق التصرف من الأمور النفسية الخفية كالبواعث ، وهو بهذه النزعة يقترب من الفقه الجرماني^(٢) ذي النزعة الموضوعية الذي لا يبحث فيما

(١) راجع الدعامة الخلقية في الفقه الإسلامي وأثرها في تقييد الحق ، ص ٨٨ وما بعدها .

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٤ ، ص ٥٣ للدكتور السهوري - التصرف

الارادي والارادة المنفردة ، ص ٩٠ وما بعدها - للاستاذ الشيخ علي الخفيف .

يتعلق بنشأة الالتزام أو صحته خارج نطاق العبارة المنشئة له ؛ فلا يبحث عن غايات نهائية ، وأغراض غير مباشرة خارجة عن النطاق التعبيري الفني الذي هو مظهر للارادة ؛ بل هو الارادة .

وهذا النظر يضيق مجال فكرة الباعث وأثرها في التصرفات .

وبين أستاذنا الدكتور السنهوري هاتين النزعتين في الفقه الاسلامي إذ يقول :

« على الرغم من أن الفقه الاسلامي - تجاه نظرية السبب - ذو نزعة موضوعية بارزة ، يعتد بالتعبير عن الارادة دون الارادة ذاتها ، أي بأخذ مبدأ الارادة الظاهرة لا بذهب الارادة الباطنة ، حتى كان أقرب في هذه الناحية من الفقه الجرمانى ، إلا أنه من جهة أخرى فقه تتغلب فيه العوامل الادبية والخلقية والدينية ، وهذا يقتضي أن يعتد فيه بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها ؛ فكان ينبغي أن يكون لنظرية السبب - وهي خلقية في المقام الاول - مكان ملحوظ يضاهي مكانها في الفقه اللاتيني (١) » .

وإذا كان الفقه الاسلامي - بحكم كونه ديني الصبغة - ينزع نزعة ذاتية ، تعتد بالبراعث والنوايا ، غير أنه لم يضع في أي مذهب من مذاهبه نظرية عامة للباعث ؛ ولكنه يورد التطبيقات التفصيلية ، ويمكن عن طريق تحليل هذه التطبيقات الفرعية وتأصيلها ، استخلاص نظريات عامة ، كنظرية الباعث مثلاً .

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٥٣ للدكتور السنهوري .

أثر هاتين النزعتين في المناهج الفقهيّة

لاخلاف بين العلماء في أن الباعث غير المشروع إذا أسفر عنه التعبير في صلب العقد يبطله ؛ لاقتراحه بشرط محذور محرم ^(١) .

أما إذا لم يتضمنه التعبير ، ولم يكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ضمناً ، ففي الاعتداد به خلاف بين الفقهاء .

فالحنابلة : يعتدون بالباعث ، ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة ، فإذا تبين أنه غير مشروع — ولو عن طريق القرائن — ابطال الالتزام ، ولم يترتب عليه أثر ؛ وبذلك يأخذ الحنابلة بالنزعة الذاتية .

أما الحنفية والشافعية : فقد ذهبوا الى أنه لا اعتداد بالباعث غير المشروع مادام لم يتضمنه التعبير ، والتصرف صحيح ؛ بالنظر لسلامة كيانه الفني التعبيري ظاهراً ، من حيث هو تصرف مستكمل لأركانه وشروطه الشرعية .

فوجود التصرف الشرعي ، ووجوب تنفيذه ، منوطان شرعاً بصدور العبارة الصحيحة في صورتها الدالة عليه من أهلها ، ويقولون : إن نصوص الكتاب والسنة ؛ بل وعامة أحكام الشريعة تدل على ذلك .

هذا ، وقد قدمنا أن الحنفية يعتدون بالباعث اذا دل عليه طبيعة المحل ضمناً كما سيأتي .

فهذا الفريق لم يفسح المجال أمام القضاء لتحري البواعث النفسية ، يحكم على ضرئها بصحة التصرف أو بطلانه ؛ بل يكتفى بالعبارة الظاهرة أو الإرادة الظاهرة .

(١) التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة ص ٩٣ للاستاذ الشيخ علي الحنيف .

ونفصل القول في الباعث من وجهة نظر المذاهب الفقهية :

١- مذهب الحنفية :

قلنا ان مذهب الحنفية لا يعتد بالباعث الا اذا تضمنته صيغة العقد صراحة ، او امكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ، فمن الأول ما جاء في الزيلعي : « ولا يجوز (الاستئجار) على الغناء والنوح والملاهي ؛ لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد ، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئاً ؛ اذ المبادلة لا تكون الا باستحقاق كل واحد منها على الآخر ، ولو استحق عليه المعصية ، لكان ذلك مضافاً الى الشارع ، من حيث أنه شرع عقداً موجباً للمعصية ، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً ... » (١) .

وفي الفتاوى الحانية : « رجل استأجر فحلاً لينزى به ، لا يجوز ذلك ، ولا أجر فيه ، وكذا الناحية والغنية . . وان استأجر المسلم ذمياً ؛ لبيع الحر أو الميتة أو الدم ، لم يجز » ، لورود النهي عن ذلك » (٢) .

وفي البدائع : « لا يجوز اجارة الاماء للزنا ؛ لانها اجارة على المعصية » (٣) . وجاء في مختصر الطحاوي « ومن كان له عصير فلا بأس عليه في بيعه ، وليس عليه أن يقصد بذلك الى من يأمنه ان يتخذه خمراً دون من يخاف ذلك عليه ؛ لان العصير حلال ، فبيعه حلال ، كبيع ماسواه من الاشياء الحلال ، ، ما ليس على بائعها الكشف عما سيفعله المشتري فيها ، وانما جاز هذا العقد اذا لم يذكر فيه صراحة ولا ضمناً ، ان يتخذه المشتري خمراً ، فالبيع في هذه الحال صحيح ، ولو اتخذه المشتري بعد ذلك خمراً » (٤) .

(١) الزيلعي ج ٥ ص ١٢٥ .

(٢) الفتاوى الحانية ج ٢ ص ٣٢٢ .

(٣) البدائع ج ٤ ص ١٩٠ .

(٤) ص ٢٨٠ .

وهكذا نرى المذهب الحنفي لا يعتد إلا بمشروعية محل العقد ، مادام لم يرد في صيغته ، أو لم يمكن ان يستخلص من محل العقد ما يسفر عن الباعث صراحة أو ضمنا .

هذا ، وعلماء الحنفية مجمعون على أنه لا يجوز التعاون على الاثم والمعصية ؛ ولكن الخلاف بين الامام وصاحبيه فيما تقوم به المعصية ، فالامام يرى أن الباعث مادام لا يوجد ما يسفر عنه صراحة لا يعتد به ، فلينظر الى محل العقد ؛ فإذا قامت المعصية بذاته ؛ فلا يجوز العقد عندئذ ، اما اذا لم تقم المعصية بعينه ، فيجوز . أما الصحابة فقد جاوزوا المحل ، ونظروا الى الباعث غير المشروع ، وقالوا بالكراهة ، كما في التحايل على اسقاط الشفعة ، وكما في بيع العينة .

جاء في الاختيار (١) : « وتكره الحيلة في اسقاط الشفعة قبل وجوبها عند أبي يوسف ؛ لانه منع من وجوب الحق ، ويكره عند محمد ؛ لانها شرعت لدفع الضرر ، والحيلة في اسقاط الزكاة على هذا » .

فتعليل الإمام محمد صريح بأن الكراهية للتعسف ؛ لان في اسقاط الشفعة منافاة لقصد الشارع ؛ فإذا شرعت الشفعة لدفع الضرر ، فاسقاطها عن طريق التحايل بأمر ظاهر الجواز يفضي الى الاضرار ، وهو مناقضة لقصد الشارع ، وكذلك اسقاط الزكاة .

وبوجه عام ، فان المذهب الحنفي لا يقيم كبير وزن للباعث غير المشروع بعد ان يكون محل العقد مشروعا ، لا تقوم معصية بذاته ، فمن ذلك ما جاء في الزبلي :

« وجاز بيع العصير من خمار ؛ لان المعصية لا تقوم بعينه ؛ بل بعد تغيره ، بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة ، لأن المعصية تقوم بعينه ، فيكون إعانة لهم وتسبيا ، وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية ؛ ولأن

(١) الاختيار لتعليل المختار ج ٢ ص ٦٨ .

العصير يصلح لاشياء كلها جائز شرعاً ، فيكون الفساد الى اختياره .
فالنص صريح في أن العبرة بمحل العقد ، ولا ينظر الى الباعث غير
المشروع ، ولو قامت القرائن على وجوده ، فكون المشتري خماراً قرينة قوية في
الدلالة على الباعث غير المشروع ، وهو اتخاذ خمر ، ومع ذلك ، لم يتلفت
اليه . لا يقال ان السلاح في ذاته ليس بمعصية فلم يأخذ حكم العصير ، قلنا
لأنه امكن استخلاص الباعث من طبيعته ؛ ولانه تعين طريقاً للمعصية في
هذه الحال .

ويعتد بالباعث غير المشروع في المذهب الحنفي اذا نص عليه صراحة على سبيل
الشرط ، فيبطل العقد ، من ذلك ما جاء في ابن عابدين : « لا تصح الاجارة
لاجل المعاصي ، مثل الغناء والنوح والملاهي ، ولو أخذ بلا شرط يباح » (١) .

وبورد الامام الكاساني تطبيقات فيما يمكن استخلاص الباعث غير المشروع من
طبيعة محل العقد ، وحكمها عدم الجواز ، منها ما جاء في البدائع : « وأما القرد
- أي شراء القرد - فعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان في جوازه وعدم جوازه ،
وجه رواية عدم جوازه ، أنه غير منتفع به شرعاً ؛ فلا يكون مالاً كالخنزير ،
ووجه رواية الجواز ، أنه إن لم يكن منتفعاً به بذاته يمكن الانتفاع بجلده ؛
فكان بالنظر الى جلده مالاً ، وجاز لذلك شراؤه ، والصحيح عدم الجواز ؛ لأنه
لا يشتري للانتفاع بجلده عادة ؛ بل للهو به ، وهو حرام ؛ فكان هذا بيع
الحرام للحرام ، وأنه لا يجوز » .

٢ - مذهب الامام الشافعي :

يأخذ الامام الشافعي - رحمه الله - بالنزعة الموضوعية ، فيذهب الى أن
العقود والالتزامات لا تؤثر فيها البواعث النفسية الخفية ، « فالسبب هو الايجاب

(١) رد المختار ، ج ٥ ص ٣٥ - ٣٦ .

والقبول ، وهما تامان ، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها ، وحلية العقد قابلة ؛ فلم يبق
إلا القصد المقرون بالعقد - أي الباعث - ولا تأثير له في بطلان الأسباب
الظاهرة^(١) ؛ لأن الباعث لا يؤثر في اقتضاء السبب حكمه .

يقول في كتابه الأم :

« أصل ما أذهب إليه ، أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر ، لم أبطله بتهمة ،
ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكروه لها النية إذا كانت
النية لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكروه للرجل أن يشتري السيف على
أن يقتل به ، ولا يحوم على بائعته أن يبيعه ، ممن يراه أنه يقتل به ظلماً ؛
لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع ، وكما أكروه للرجل أن يبيع
العنب ممن يراه أنه يعصره خمرأً ، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه ؛ لأنه باعه
حلالاً ، وقد يمكن ألا يجعله خمرأً أبداً ، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحداً
أبداً . ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي ألا يمسكها إلا يوماً أو
أقل أو أكثر لم أفسد النكاح ؛ وإنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد »^(٢) .

وهكذا يفسر الامام الشافعي الشريعة تفسيراً مادياً على الظاهر لا على
ما بطن^(٣) .

ويقول في موضع آخر : « غير أنها إذا عقدا النكاح مطلقاً لا شرط فيه ؛
فالنكاح ثابت ولا تفسد النية من النكاح شيئاً ؛ لأن النية حديث نفس ، وقد
وضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم ، وقد ينوي الشيء ولا يفعله ، وينويه
وفعله ، فيكون الفعل حادثاً غير النية ، كذلك لو نكحها ونيتها ، أو
نية أحدهما دون الآخر ، أن لا يمسكها إلا قدر ما يصيها ، فيحفلها لزوجها ،

(١) إعلام الموقعين ج ٢ ص ١٧٢ - ١٧٣ .

(٢) الام للشافعي ج ٣ ص ٦٥ .

(٣) الشافعي للاستاذ الشيخ أبي زهرة ص ٣١٧ - ٣١٨ .

ثبت النكاح . . . ما لم يقع النكاح بشرط يُفسده»^(١) .

وهذه النصوص تدل صراحة على تشدد الامام الشافعي في تمسكه بالظاهر « فهو لا يحكم على العقود من حيث آثارها وأوصافها بحسب أغراض المتعاقدين ودوافعها التي لا تذكر وقت العقد ، وإن كانت بينة من أحوالهما »^(٢) « فلا يعتد إلا بصيغة العقد وما تضمنته عبارته ، ولا يلتفت الى القرائن وملابسات الأحوال ، ولو كانت تدل دلالة قوية على أنه اتخذ ذريعة لأمر محرم ؛ بل يحكم بصحة العقد ، وفي هذا يقول الامام الشافعي : « يبطل حكم الازكان من الذرائع في البيوع وغيرها ، ويحكم بصحة العقد ٣ » .

٣- مذهب الامام احمد :

يأخذ الامام احمد بالنزعة الذاتية ، فيعتد بالبائع غير المشروع ، ولو لم تتضمنه صيغة العقد ؛ فاذا تبين ذلك أبطل به العقد ، مادام قد اتخذ العقد وسيلة الى أمر غير مشروع ؛ لأن في تنفيذه اعانة على المعصية والعدوان ، وذلك منهى عنه بالنص .

ولا يشترط - لإبطال التصرف في العقود ، اذا تبين أن البائع عليه غير مشروع - سوى علم الطرف الآخر بهذا البائع ضمناً لاستقراؤ التعامل .
ويقول ابن القيم : « القصد روح العقد ومصححه ومبطله ؛ فاعتبار القصد في العقود أولى من اعتبار الالفاظ ؛ فان الالفاظ مقصودة لغيرها ، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها ، فاذا ألغيت ، واعتبرت الالفاظ التي لا تراد لنفسها ، كان هذا الغاء لما يجب اعتباره ، واعتباراً لما يجب الغاؤه »^(٤) .

(١) الام ج ٥ ص ٧١ .

(٢) الشافعي ص ٣١٧ وما بعدها . للاستاذ الشيخ ابي زهرة .

(٣) الام ج : ص ٤٢ - و ٧ ص ٢٦٨ و ج ٦ ص ١٩٩ .

(٤) اعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٢ .

ويقول في موضع آخر مؤكداً أعمال البواعث في التصرفات ، وأن ذلك من قواعد الشريعة التي لا يجوز هدمها .

« وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها ؛ أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبادات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً أو صحيحاً أو فاسداً »^(١) .

صلة فكرة الباعث بنظرية التعسف في المعاوضات

وأينا أن فكرة الباعث قد أخذ بأصلها جميع الفقهاء ، وانحصر اختلافهم فيما يتحقق به التذرع الى الغرض المحرم ، أي في المناط الذي يتحقق به التحايل على قواعد الشرع ، ونشأ عن ذلك نزعتان إحداهما مادية موضوعية ، لا تعتد بالباعث الا اذا ورد في صيغة العقد ، ودلت عليه العبارة الظاهرة ، او أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ، والأخرى ذاتية تعتد به ، ولو لم تتضمنه صيغة العقد ، اكتفاءً بالقرائن الدالة عليه .

ومن أجل هذا ، كانت فكرة الباعث عند الذاتيين خصبة مثمرة ، تقيد الارادة في كل تصرف ؛ لتحافظ على مقصود الشرع ، ونظرية التعسف في استعمال الحق ليست الا تطبيقاً لفكرة الباعث في بعض معاييرها^(٢) .

مرونة الباعث وضابطه :

على أن الباعث بما هو عامل نفسي ذاتي - يختلف باختلاف الاشخاص ،

(١) المرجع السابق ص ٨٤ .

(٢) ومن جوانب نظرية التعسف التي لا تحكمها فكرة الباعث الاضرار الفاحشة التي تلحق بالجوار ، والتي تلزم عن استعمال حق الملكية بقطع النظر عن قصد احداثها .

وبما هو أمر خارج عن نطاق التعاقد ، لا بد من ضابط له ، حتى لا يكون سبباً في توزع المعاملات وعدم استقرارها .

ولذا رأينا الفقهاء مختلفين في ضبطه ، فمنهم من اشترط أن يكون منصوفاً عليه في صلب العقد ، وهم الشافعية والحنفية كما رأينا . ومنهم من لم يشترط ذلك ؛ بل اكتفى بعلم المتعاقد الآخر به ، أو بوجود قوائن يفترض معها هذا العلم . وهذا هو مذهب الحنابلة والمالكية ، ومنهم من اكتفى بمظنة الباعث البعيدة ؛ فلم يشترط وجود الباعث غير المشروع في كل معاملة من المعاملات التي يكثر فيها هذا القصد ، اكتفاء بالكثرة دون غلبة الظن ، عملاً بالاحتياط الذي يوجب اعتبار هذه الكثرة في مرتبة الأمور الظنية الغالبة^(١) كما قدمنا .

اشتراط علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع في المعاوضات :

غير أن أعمال الباعث غير المشروع على هذا النحو فيه المذهب الحنبلي يُفضي إلى زعزعة التعامل ؛ فكل متعاقد بوسعه أن يدعى الباعث غير المشروع ؛ لا بطلان التصرف ؛ لذا ؛ وضماناً لاستقرار التعامل ، اشترط علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع ، أو أن يكون بحيث يفترض فيه هذا العلم .

وجاء في كشف القناع :

« ولا - اي لا يصح - بيع سلاح ونحوه في فتنة ، أو لأهل الحرب ، أو لقطاع طريق ، إذا علم البائع ذلك من مشتريه ، ولو بقوائن ؛ لقوله تعالى : « ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » ويصح بيع السلاح لأهل العدل ، لقتال البغاة ،

(١) وهذا هو رأي الإمام مالك ؛ توسعاً منه في أعمال الباعث غير المشروع ، باعتبار وجود مظنته البعيدة - الموافقات ج ٢ ص ٣٦١ وما بعدها .

وقتل قطاع الطريق ؛ لان ذلك معونة على البر والتقوى^(١) .
 وجاء فيه أيضاً « ولا يصح بيع ما قصد به الحرام ، كغيب وعصير لتخذها
 خمراً ، وكذا زبيب ونحوه^(٢) » .
 وفي المغني لابن قدامة :

« وبيع العصير ممن يتخذ خمراً باطل » .
 « وجملة ذلك ان بيع العصير لمن يعتقد انه يتخذ خمراً حرام . ولنا قول الله
 تعالى : « ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » وهذا نهى يقتضي التحريم » .
 « وروي عن النبي ﷺ : انه لعن في الحمر عشرة ؛ ولانه يعقد عليها لمن يعلم
 انه يريد لها للعصية ، فأشبه اجارة امته لمن يعلم انه يربي بها ، والآية^(٣) مخصوصة
 بصورة كثيرة ، فيخص منها محل النزاع بدليلنا . وقولهم تم البيع بشروطه
 وأركانها ، قلنا لكن وجد المانع منه » .

« اذا ثبت هذا ، فللمحل فأنما يحرم البيع ويبطل اذا علم البائع قصد المشتري
 ذلك ، إما بقوله ، وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك^(٤) » .
 فأنما إن كان الأمر محتملاً ، مثل ان يشتريها من لا يعلم حاله ، او من يعمل
 الحل والخمر معاً ، ولم يلفظ بما يدل على ارادة الخمر ، فالبيع جائز ، وإذا ثبت

(١) كشف القناع ج ٣ ص ١٤٦ .

- انظر كيف يجعل فقهاء الحنابلة من قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا
 تعاونوا على الاثم والعدوان « قاعدة عامة تنقيد بها الحقوق سلباً وإيجاباً ، كما يجعلونها قيداً
 يرد على العمومات ؛ تحريماً لمقصد الشارع ، ويحتكون اليها في خلافهم مع غيرهم من فقهاء
 المذاهب الأخرى .

(٢) كشف القناع ج ٣ ص ١٤٦ .

(٣) اي قوله تعالى « واحل الله البيع وحرم الربا » وهي الآية التي قسمك بها
 اصحاب النزعة الموضوعية في تصحيح العقد اذا لم يرد في صيغة العقد ما يدل عليه .

(٤) المغني ج ٤ ص ٢٢٣ لابن قدامة - راجع اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٣٨ -
 ص ١٣٩ لابن قيم الجوزية .

التخدير فالبيع باطل . وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام ، كييع السلاح
لاهل الحرب ، او لقطاع الطريق ، أو في الفتنة ، وبيع الامة للغناء ، او اجارتها
كذلك ، أو اجارة داره لبيع الخمر فيها ؛ أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه
ذلك ، فهذا حوام والعقد باطل لما قدمنا .

« وقد نص الإمام أحمد على مسائل نبّه بها على ذلك ؛ فقال في القصاب والحجاز :
« اذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه ، ومن يخترط
الاقداح لا يبيعها من يشرب فيها ، ونهى عن بيع الديباج للرجال ، ولا بأس
بيعه للنساء : وروي عنه « لا يبيع الجوز من الصبيان » القمار .
« وعلى قياسه البيض ، فيكون بيع ذلك كله باطلاً »^(١) .

٤- المذهب المالكي :

جاء في الموافقات للإمام الشاطبي « ان الاعمال بالنيات ، والمقاصد معتبرة
في التصرفات من العبادات والعبادات^(٢) » ، وأورد الأدلة من الكتاب والسنة والمعقول
على هذا الأصل .

وقدمنا ، أن الامام مالك يعمل الباعث غير المشروع في التصرف ، فيسطه
اذا تبين ، او قامت مظنته ؛ بل ذهب الى اعتبار ما يؤدى اليه التصرف من المحذور
في الكثرة من الاحوال ، ولو لم يصل ادائه للمفسدة في الغالب من الظن ،
فضلاً عن القطع - مظنة للباعث غير المشروع ؛ عملاً بالاحتياط والتحرز عن
الفساد ؛ لان الشريعة قامت على الأخذ بالحزم والاحتياط^(٣) .
جاء في التبصرة لابن فرحون في مسائل البيوع :

(١) المغني ج ٤ ص ٢٢٣ لابن قدامة - كشف القناع ص ١٤٦ ج ٣ .

(٢) ج ٢ ص ٣٢٤ .

(٣) الموافقات ج ٢ ص ٣٢٣ للشاطبي ، وراجع كتاب مالك ص ٤١٢ للاستاذ

الشيخ ابي زهرة .

« ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب ، يعني من الحربيين ، ويلحق بذلك بيع الحشب لمن يعمل منها صلياً ، وبيع الدار لمن يعملها كنيسة ، والغنب لمن يعصره خمرأ »^(١) .

ويقول في مؤيد هذا المنع : « ويؤدب من يبيع آلات اللهو ، ويفسخ البيع ، ويكسر ، ويؤدب أهل ذلك »^(٢) .

غير أن الباعث غير المشروع اذا اقتضى المنع في مذهب المالكية ؛ لكن يبدو أن العقد ينعقد ثم يفسخ ؛ درء للمفسدة ، كما جاء في النص السابق عن التبصرة .

هذا ، وجاء في الخطاب : « بيع الغنب لمن يعصره خمرأ ، وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها غير جائز »^(٣) .

فهذا النص يقضي ببطالان الالتزام ، بينما النص السابق لا يحيز استدامة آثاره ؛ لما يترتب عليه من مفساد وآثام .

وجاء في المدونة : « وكذا بيع الحشبة لمن يستعملها صلياً ، وبيع الغنب لمن يعصره خمرأ على أحد قولين . كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم انه يريد به قطع الطريق على المسلمين ، أو إثارة الفتنة بينهم ، كما لا يجوز في مذهب مالك بيع الجارية المملوكة من قوم عاصين يتساحون في الفساد ، وعدم الغيرة ، وهم آكلون للحرام ، ويطعمونها منه »^(٤) .

وفي الشرح الكبير للرددير والدسوقي عليه :

« ويمنع بيع كل شيء علم ان المشتري قصد به امرأ لا يجوز ، كبيع جارية لأهل الفساد ، وبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة ، وبيع خشبة لمن يصنعها

(١) التبصرة ج ٢ ص ١٤٧ لابن فرحون .

(٢) المرجع السابق .

(٣) شرح الخطاب ج ٣ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤ .

(٤) ج ٤ ص ٢٥٣ و ٢٥٤ .

صلياً ، وبيع العنب لمن يعصره خمرأ ، والنحاس لمن يتخذة ناقوساً ، وكذا يمنع ان تباع آلة الحرب للحريين ، كسلاح أو كراع وصرج وكل ما يتقون به في الحرب ، من نحاس أو خباء أو ماعون ، ويجبرون على اخراج ذلك من ملكهم ، ولا يفسخ البيع .

وقال ابن رشد : « والخلاف في هذا مقيد بما اذا علم البائع ان المشتري يفعل ذلك ، أما اذا لم يعلم ، ثم ظهر أنه يفعل ذلك ، فان البيع لا يفسخ بلا خلاف ، ولكن يجبر المشتري على اخراجه من ملكه ببيع ونحوه . »

يستخلص من هذه النصوص فيما يتعلق بإعمال البائع غير المشروع في المعاوضات عند المالكية وجهتان من النظر :

الأولى - ان العقد لا ينقذ بتأثير البائع غير المشروع الا اذا علم من الطرف الآخر كما جاء في الخطاب .

الثانية - ان العقد ينقذ ولكنه واجب الفسخ ، اذا لم يعلم البائع بقصد المشتري ؛ بل يجبر هذا على اخراجه من ملكه ، فأراء الفقهاء في هذا المذهب تتردد بين الاخذ بالنزعة الموضوعية والذاتية ؛ ولكننا نرجح ان المذهب المالكي أميل الى الاخذ بالنظرية الذاتية لما يلي :

اولاً : ان المحققين من أصولي المذهب المالكي ، قد حملوا لواء النزعة الذاتية ، وأفاضوا القول فيها ، وأقاموا الادلة على أصالة هذا المبدأ في الشريعة ، وهو الذي يتفق ومقاصدها الاساسية ، ولم يقصروا أثر القصد على العبادات ، بل برهنوا على شمول هذا الأثر للعبادات والمعاملات ، وأوجبوا - ليكون التصرف سليماً نافذاً - ان يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع ، ويقصدون بالقصد هنا ما يشمل البائع ، يرشدنا الى هذا ، اقامتهم الادلة على ابطال نكاح التحليل ، الى جانب اقامتهم الحجج على ابطال بيع الآجال التي يقصد بها تحقيق الربا ، كما في بيع العينة ، وبينوا مناقضة قصد الشارع في التحايل على اسقاط الزكاة عن طريق الهبة قرب نهاية الحول ؛ وعلى هذا ، فقد شمل إعمال البائع غير المشروع نكاح

التحليل ، وعقود المعاوضات والتبرعات على سواء^(١) .

ثانياً : إن المذهب المالكي ، هو أكثر المذاهب الفقهية توسعاً في تطبيق مبدأ الذرائع^(٢) ، وهو مبدأ يتجه اتجاهين :

الأول : اتجاه الى الباعث على التصرف .

الثاني : اتجاه الى مآل التصرف .

فكيف يتفق القول بأنه مذهب موضوعي النزعة ، مع اعتباره مبدأ سد الذرائع أصلاً هاماً لاستنباط الاحكام في فقهه ؛ حتى صار يعرف فقه به .

ثالثاً : على ان الامام مالك - رحمه الله - قد قال ببطلان بيع العينة ، ولو لم يكن قد توفر الباعث لدى المتعاقدين او احدهما ، واكتفى بالمظنة البعيدة لهذا الباعث ، ، وهي افشاء هذه المعاملة في كثير من الاحوال الى امر محرم ، وهو الربا ، حتى ولو لم تبلغ هذه الكثرة مرتبة الامور الغالبة على الظن ، اذا ثبت هذا ، فلأن يقول ببطلان التصرفات التي توافر فيها الباعث بدلالة القرائن من باب أولى . كذلك قال بتوريث كل مبانة في مرض الموت ، ولو لم يتبين له الباعث غير المشروع في كل حادثة على حدة ، وهو حرمانها من الارث ، اكتفاء بهذه المظنة ، وهي مرض الموت ؛ اعداها لهذا التصرف في ذاته في هذا الظرف ؛ سداً للذريعة ؛ واحتياطاً لدفع المفسدة ؛ وتطبيقاً لنظرية التعسف في اوسع مدى .

فكرة الباعث وضابطه في التبرعات

اتفق الفقهاء على ان عبارة المتبرع اذا تضمنت ما يدل على ان الباعث عليه امر محظور ، لا ينشأ الالتزام ؛ لانه التزام محرم ، وكل عموم باطل . فالوصية لجهة محظورة ، كالوصية بال يشترى به خمرأ ، أو للنواح ، أو كالوصية

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٢٣ و ص ٣٣١ و ص ٣٣٣ وما بعدها .

(٢) الموافقات ج ٤ ص ٢٠٠ وما بعدها .

لمعابد الوثنيين^(١) باطلة ؛ لان هذا الالتزام الانفرادي مخض شراً ، فيكون باطلاً .
أما اذا لم تتضمنه العبارة ، فيجري فيه الخلاف الذي جرى في عقود المعاوضات ،
على ما بينا آنفاً .

غير انه فيما يتعلق بضابط الباعث غير المشروع في التبرعات ، لا يشترط فيه
وجوب علم الطرف الآخر به ، كما في العقود ذات الطرفين ؛ بل لا يتصور اشتراطه ؛
لان التبرع التزام انفرادي من طرف واحد ، وليس له طرف آخر
تتوقف نشأته عليه .

ومن ذلك ايضاً وصية الضرار ؛ فاذا تبين ان الموصي يقصد بوصيته الإضرار
بورثته ، بطلت وصيته ؛ لان الإضرار بالورثة امر محرم محظور .

فاذا ما صدرت وصية مثلاً ، وجب البحث عن الباعث الذي دفع الموصي الى
الايضاء ، وذلك بالنظر فيما اشترطه ، وما صدر عنه من اقوال ، وما احتف
بالتصرف من قرائن ، فاذا تبين ان الباعث مناف لمقاصد الشرع ، كانت الوصية
باطلة ، واذا كثرت البواعث فالمعول عليه هو الباعث الرئيسي .

وكذلك هبة المال قرب نهاية الحول ؛ لإسقاط الزكاة ، باطلة^(٢) ؛ لان الباعث
عليها مناقض لقصد الشارع .

ومع ذلك ، اذا كان التبرع موجهاً الى شخص معلوم ، لزم أن يكون بحيث
يستطيع ان يعلم بذلك الباعث ، وان لم يكن عالماً به فعلاً^(٣) ، كما في اهداء
المقترض الى المقرض ، اذا لم تجر له بذلك عادة .

(١) المفتى ج ٦ ص ٣٣١ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٨٥ - ص ٣٨٦ .

(٣) التصرف الانفرادي ص ١١١ للاستاذ الشيخ علي الخليف .

فكرة الباعث وضابطه في القانون

لم تقتصر خصوصية هذه الفكرة على القانون المدني ، او القانون الخاص بوجه عام ، بل شملت القانون العام ايضاً ، ومن هنا نشأت نظرية التعسف في استعمال السلطة ، وهي التي بنى على غرارها نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني .

هذا ، ومن الممكن ان تنسحب نظرية التعسف على استعمال السلطة التشريعية فتطبق احكامها عليها ، وعلى هذا لا يقتصر العيب في التشريع على مجرد مخالفته للدستور فتحسب ؛ بل قد يكون التشريع منطوياً على تعسف اذا كان تحت ستار قاعدة عامة مجردة ، في حين انه لا ينطبق في الواقع الا حالة فردية ذاتية^(١) .

اما ضابط الباعث غير المشروع في القانون ، فقد اختلف فيه رجال الفقه القانوني ، وقبل أن نعرض لذلك ، نقرر انه لا يجوز بداهة - سواء في الفقه الاسلامي ام في القانون - الاعتماد بالباعث غير المشروع اذا كان مجهولاً من الطرف الآخر ؛ اذ لا بد ان يتصل علم المتعاقد الآخر بهذا الباعث حتى يبطل التصرف . فذهب « كابتان » إلى انه يشترط ان يكون ثمة اتفاق بين المتعاقدين على هذا الباعث غير المشروع ، بينما يكتفي القضاء الفرنسي بموتبة العلم^(٢) .

اما الفقه الفرنسي فيميز بين المعاوضات والتبرعات .

فيرى « جوسران »^(٣) انه يكتفي بالعلم في المعاوضات دون التبرعات ، وذلك لأن التبرعات يسيطر فيها ارادة المتبرع وحده على التصرف ، فيكتفي

(١) الوسيط ج ١ ص ٥٧ ؛ للدكتور السهوري .

(٢) المرجع السابق .

بالوقوف عندها ، سواء في ذلك الهبة التي لا بد ان يتم فيها التبرع بتقابل ارادتين ،
ام بارادة واحدة ، كالوصية ، وعلى ذلك يعتد بالبائع الذي دفع المتبرع ، سواء
أ كان معلوماً من الطرف الآخر أم كان مجهولاً .

وهذا الرأي قريب من الرأي الذي أخذ به الحنابلة والمالكية في وصية
الضرار .

اما « بوجيزان »^(٢) فيرى انه لا بد من المساهمة ، اي ان يسهم الفريقان في
تحقيق الغرض غير المشروع الذي يرمي اليه البائع ، اي لا بد ان يكون من
الطرف الآخر عمل ايجابي ، وذلك كالمراي الذي يمكن الاقتراض الذي يقامر بالمال
من هذا الاقتراض ، ولا يكتفي بالعلم ؛ لانه امر سلبى .

وقد رأينا ان الفقه الاسلامي يكتفي في أعمال البائع غير المشروع في
بطلان عقود المعاوضات مجرد العلم او افتراضه او مظنته البعيدة ؛ فكان بذلك
اكثر خصوبة ، واوسع مجالاً في تطبيق فكرة البائع التي هي بدورها تطبيق
لنظرية التعسف في معظم جوانبها .

أما فيما يتعلق بالبائع في التبرعات ، فلا يشترط علم الطرف الآخر ؛ لأن
الالتزام ينشأ بارادة منفردة ، ولا يتوقف في نشأته على ارادة طرف آخر ،
ومع ذلك اذا كان موجهاً الى شخص معلوم ، لزم أن يكون ذلك الشخص
بحيث يستطيع ان يعلم به .

(١) الوسيط ج ١ ص ٥٧ ؛ السنهوري .

(٢) المرجع السابق .

المطلب الرابع

القاعدة الثالثة :

الضرر يزال^(١)

أصل هذه القاعدة قول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار »^(٢) .
والضرر المنهي عنه في الحديث ، إما ان يكون واقعاً او متوقعاً .
فاذا كان واقعاً ، فهو غير مشروع الابقاء ، فتجب ازالته ، سواء أكان
ناشئاً عن فعل غير مشروع في الاصل ، أم عن فعل مشروع^(٣) .
وان كان متوقعاً ، وجب دفعة ؛ لان دفع الضرر قبل الوقوع أولى من
رفعه وازالته بعد الوقوع ؛ ولذا وضع الفقهاء قاعدة : « يدفع الضرر بقدر
الامكان »^(٤) .

(١) مجلة الاحكام العدلية - مادة/ ٢٠ .

(٢) راجع سند هذا الحديث في جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٢٦٥ - وراجع
تفصيل القول فيه ، وما استنبط منه من احكام تتصل بنظرية التعسف ، الادلة على ثبوت
النظرية من السنة - وراجع غمز عيون البصائر على الاشياء والنظائر لابن نجيم ج ١
ص ١٢٠ .

- والاشياء والنظائر للسيوطي ص ٧٥ وما بعدها .

(٣) راجع جامع العلوم والحكم ص ٢٦٥ وما بعدها ، حيث أتى بأمثلة تطبيقية
لحديث « لا ضرر ولا ضرار » كلها من باب استعمال الحق او الاباحة الذي يترتب عليه
ضرر لاحق بالغير .

(٤) سيأتي شرح هذه القاعدة .

ولما كان دفع الضرر او ازالته قد لا يتأتى الا بحدوث ضرر آخر ،
فان التعارض بينها واقع ، أي يتعارض الضرر المراد دفعه او ازالته مع الضرر
الناتئ عنها ، ولذا وضع الفقهاء احكاماً لذلك فقالوا :

ان الضرر الذي يراد دفعه او ازالته ، إما عام او خاص ، فان كان خاصاً ،
فاما ان يكون أشد أو أخف أو بماثلاً ، ثم وضعوا لكل حال قاعدة ، وان
كان عاماً وجب دفعه وتفرعت من هذه القاعدة القواعد الآتية :

« يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » و « الضرر الأشد يزال بالضرر
الأخف » و « اذا تعارض مفسدتان ارتكب أخفها لدفع أشدها . » و « درء
المفاسد مقدم على جلب المصالح » .

وسنشرح هذه القواعد بإيجاز ، لنبيّن مدى صلتها بنظرية التعسف ، ونورد
أمثلة مما جاء في كتب الفقه تطبيقاً لها ^(١) .

والواقع أن قاعدة « الضرر يزال » تعتبر مبدأً محكماً تكفلت الشريعة
بتطبيقه في جميع أبواب الفقه ، وتدور عليها احكام نظرية التعسف ، كما تعتبر
توثيقاً لمبدأ « المصلحة » في الشرع .

ومن فروعها :

الحجر على السفیه او المفلس ، وفي هذا يقول الامام العز بن عبد السلام :
« اذا اجتمعت مصالح ومفاسد ، فان امكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد ، فعلنا
ذلك ؛ امثالاً لأمر الله تعالى فيها ؛ لقوله تعالى : « فاتقوا الله ما استطعتم » .
« وان تعذر الدء والتحصيل ، فاب كانت المفسدة أعظم من المصلحة ،
درأنا المفسدة ، ولا نبالي بفوات المصلحة - قال الله تعالى : « يسألونك عن
الحر والميسر قل فيها اثم كبير ، ومنافع للناس ، وإثمها اكبر من نفعها »

(١) راجع الاشياء والنظائر للسيوطي فيما اورد من فروع على هذه القاعدة
ص ٧٥ وما بعدها وراجع غزير عيون البصائر للحموي ، على الاشياء والنظائر ، لابن نجيم
ص ١٢٠ وما بعدها .

حرمها - اي الحمر والميسر - لان مفسدتها اكبر من منفعتها « (١) .

« فالجبر على المفلس مفسدة في حقه ؛ ولكنه ثبت تقديماً لمصلحة الغرماء على مفسدة الجبر ، وان شئت قلت ؛ تقديماً لمصلحة غرمائه على مصلحته في الاطلاق ، بخلاف الانفاق عليه وعلى أهله الى يوم قضاء الدين ، فان مصلحته بالكسوة والانفاق ومصلحة من يلزمه نفقته ، مقدمة على مصالح غرمائه « (٢) .

ويرى الإمام العز بن عبد السلام : ان في تعدد الزوجات دفعاً لضرر أشد حيث يقول :

« تزوج الذرات بعقد او عقود مفسدة ، لما فيه من الاضرار بالزوجات ؛ لكنه جاز ان تضر كل واحدة منهن بثلاث ؛ نظراً لمصالح الرجال ؛ وتحصيلاً لمقاصد النكاح ، فان خيف من الجور عليهن ، استحب الاقتصار على واحدة ؛ دفعاً لما يتوقع من مفسدة الجور ، وحرمت الزيادة على الاربع ؛ نظراً للنساء ؛ ودفعاً لمظان جور الرجال على الأزواج « (٣) .

وهذا الاصل الذي يقرره الامام العز بن عبد السلام في ازالة الضرر - دفعاً ورفعاً - يعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف ، كما انه خطة تشريعية يلتزم المجتهد بتطبيقها في التشريع الاجتهادي .

فالاصل ان الانسان حر في التصرف بماله ؛ لكن اذا أفلس حجر عليه لمصلحة غرمائه ، ولو بقي الاطلاق ، لترتب على ذلك ضرر بهم ، وهذا هو التعسف ، فمنع ؛ درءاً لهذه المفسدة ، وتقييداً لحقه بما يمنع الاضرار عن غيره .

١ - ومن ذلك : اثبات حق الشفعة للاصيل ؛ دفعاً لضرر الشريك ، او

(١) القواعد - ج ١ ص ٨٣ .

(٢) المرجع السابق ج ١ ص ٨٧ .

(٣) المرجع السابق ص ٩٢ .

الجار^(١) الطارئ ، أي دفعاً لضرر متوقع . والمعنى في مشروعية هذا الحق في الفقه الاسلامي ، يدرك مدى صيانة الشريعة لحق الملكية الفردية ، حيث لم تكف بالمحافظة عليه من الاعتداء الحقيقي او التعسف ، بالحاق الضرر الفاحش ؛ بل احاطته بسياج من الأمن والدعة ، فاثبتت للمالك حق الشفعة ، حتى يتوقى ما عسى ان يطرأ عليه ما يعكس صفوه في هذا الانتفاع من سوء الجوار ، او يتوقى ضرر القسمة .

٢ الحاجر على السفية - على المفتي به في المذهب الحنفي ؛ دفعاً للضرر عن السفية نفسه ، وعمّن تلزمه مصلحتهم ؛ ودفعاً للضرر عمّن يتعامل معه من الناس .

٣ - اخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير اذنه^(٢) .

٤ - نصب العمال والحكام لضبط النظام^(٣) ، ما لم يؤد ذلك الى تحليل حرام او تحريم حلال .

(١) الحنفية يثبتون حق الشفعة للشريك في نفس العقار ، وللشريك في حقوق العقار والجار - خلافا للجمهور ، فالشفعة للشريك في نفس العقار فقط - راجع : البدائع ج ٥ ص ٤ و ٥ - المغنى ج ٦ ص ٢٨٥ - نهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٨٥ .

(٢) الاشياء والنظائر للسيوطي ص ٧٥ وما بعدها - غرر البصائر للحموي على الاشياء والنظائر لابن نجيم ص ١٢٢ - راجع الفروع الاخرى الواردة فيها .

(٣) شرح الأذلة الاصلية على مجلة الاحكام العدلية - محمد سعيد مراد الغزي -

ج ١ ص ٣٤ .

المطلب الخامس

القاعدة الرابعة :

الضرر يدفع بقدر الإمكان^(١)

قلنا ان حديث «لا ضرر ولا ضوار» ينفي الضرر مطلقاً، قبل الوقوع وبعده، وسواء أ كان ناشئاً عن فعل غير مشروع ، أم عن فعل مشروع في الاصل^(٢) ، فوضع الفقهاء هذه القاعدة ؛ لدفع ضرر متوقع .
هذا ، ومبدأ سد الذرائع قائم على هذه القاعدة، فيجب حسم مادة الفساد، والوسائل المفضية اليه .

فكل فعل كان مفضياً الى ضرر راجح يقيناً او ظناً ، يمنع ؛ دفعاً للضرر بقدر الامكان .

وهذا مقصد عام يجب ان مراعي في جميع شئون الدولة ، الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ، فللدولة ان تسن من القوانين ما يدفع الضرر المتوقع عن الافراد والجماعة .
فمن ذلك :

١ - وصية الضرار ولو كانت بما دون الثلث ولا جنبي - لاطلاق النهي في الآية « من بعد وصية يوصى بها او دين غير مضار »^(٣) وهي التي قصد بها

(١) مجلة الاحكام العدلية - مادة/ ٣١ .

(٢) راجع من أدلة الكتاب الكريم على ثبوت نظرية التعسف ، قوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » .

(٣) شرح الادلة الاصلية على مجلة الاحكام العدلية - محمد سعيد مراد الغزوي ص ٣٥/٣٤ .

الاضرار بالورثة ، فقد حكم الشارع بابطالها على رأي فريق من الفقهاء ، وقد قال ابن عباس « وصية الضرار من الكبائر » .

٢ - رجعة الضرار ، في قوله تعالى : ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ، وهي أن يطلق الرجل امرأته لا ليحاشرها بالمعروف ؛ بل ليطيل عليها العدة ؛ بأن يطلقها ثانية ، فتجب عليها عدة أخرى مبتدأة ، وقد قال الامام مالك بطلان هذه الرجعة ، وأن المرأة لا تستأنف عدة جديدة^(١) ؛ بل تتم العدة الاولى بمنعاً لتعسف في استعمال حقه في الرجعة .

هذا ، وكثيراً ما يكون الضرر المتوقع مقصوداً ، وتقوم الدلائل على ذلك القصد ، كما في صور استعمال الحق بقصد الاضرار ، فان كان قولياً لم يترقب أثره عليه ، كإبطال الوصية ، وان كان فعلياً ، يحال بينه وبين استعمال فعله ، أي يمنع من الفعل ؛ دفعاً لضرر متوقع ، وهذه القاعدة تمثل الدور الوقائي لنظرية التعسف .

المطلب السادس

القاعدة الخاصة :

الضرر الأشد يزال بالأخف^(٢)

هذه القاعدة تحكم التعارض بين الحقوق الخاصة بعضها قبل بعض ، كما تحكم التعارض بين الحق الفردي والمصلحة العامة ، وبذلك يدخل في مفهوم هذه

(١) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ وما بعدها - الموافقات ج ٢ ص ٣٢٤ -

كشف الاسرار للبزدوي ج ١ ص ٨٩ .

(٢) مجلة الاحكام العدلية : مادة/ ٢٧ .

القاعدة ، قاعدة أخرى هي « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام »^(١) و « يختار أهون الشرين »^(٢) .

وتعتمد هذه القاعدة على ضابط « الموازنة » بين ما يترتب على التصرف المأذون فيه شرعاً من نفع يعود على صاحبه ، وما يلزم عن ذلك من مضرة لاحقة به أو بغيره من الفرد أو الجماعة^(٣) .

وهو - كما ترى - معيار مادي صرف ، لا يحفل بالبواعث النفسية أو دوافعها . فان كان الضرر اللازم أخف بالقياس الى النفع ، لم يمنع المتصرف ، وكذلك ان كان بمائلاً ، لان الضرر لا يزال بمثله .

وان كان أشد ، دفع هذا بمنع التصرف ، ولو ترتب على هذا المنع ضرر ؛ لانه اخف .

ففي مبراه الحقوق الخاصة :

لو غصب ساحة فأدخلها في بنائه ، انقطع حق المالك - كما يقول الكرخي^(٤) - اذا كانت قيمة البناء اكثر ، ويضمن الغاصب قيمتها ؛ دفعاً لاشد الضررين بارتكاب أخفها .

وجاء في السنة أصل هذا النوع ، وهو قضاء رسول الله (ص) بقلع نخلة سمرة ؛ إذ كان بقاؤها علة لاضراره بصاحب البستان ، وقد عرض النبي (ص) على صاحبها حلولاً كلها تدور حول حمله على المعاوضة ؛ توفيقاً بين الحقين ، فلما أبى

(١) المادة/٢٦ .

(٢) المادة/٢٩ .

(٣) كالفقيه الذي يتصرف في ماله على غير مقتضى العقل والشرع ، فيحجر ؛ لدفع الضرر عن نفسه أولاً ، ثم عن تلامه مصلحتهم ، وعن تعامله معه من الناس .

(٤) مجمع الضمانات - ص ١٣٥ - جامع الفضولين ج ٢ ص ١٣٥ - غزعيون البصائر للحموي على الاشياء والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٢٢ - والاشياء والنظائر للسيوطي ص ٧٥ وما بعدها .

ذلك ، امر النبي ﷺ بقلعها ؛ لان بقاء نخلة سمرة اشد ضرراً من قلعها ، وعلل الحكم بالضرر .
ويقول ابن قيم الجوزية في هذا مقررأ هذه القاعدة : « فضرر صاحب البستان
ببقائها في بستانه أعظم ، فان الشاوع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما ،
فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة ، وان اباه . من أباه (١) » .

وتتطبق هذه القاعدة على من يستعمل حقه دون نفع يعود عليه ، ويلزم عن
ذلك مضرة بغيره ، من باب أولى .

فقد جاء في المدونة : « قلت أرأيت لو أن رجلاً غصب أرضاً ، فغرس فيها
شجراً ، فاستحقها ربها — قال : يقال للغاصب اقلع شجرك ! إلا أن يشاء رب
الارض أن يأخذها بقيمتها مقلوعة ، وكذلك البنيان اذا كان للغاصب في قلعه
منفعة ؛ فانه يقال له اقلعه ! الا أن يشاء رب الارض أن يأخذها بقيمتها مقلوعاً ،
فأما ما ليس للغاصب فيه منفعة ، فليس له أن يقلعه (٢) » .

وتعليل ذلك ، انه اذا كان لكل منهما حق فيما يملك ، فيجب أن يستعمل
على نحو لا يضر بغيره ، وتصرف الغاصب هنا عبث ؛ لأن المفروض انه لا يعود
عليه نفع ، في حين أن مالك الارض متضرر ، فيمنع الاول درأاً للتعسف .
وفي الواقع ، ان هذه القاعدة ترد قيداً على قاعدة « الضرر يزال » فهذه مقيدة
بما لو كان أحدهما أعظم ضرراً من الآخر ، فان الاشد يزال بالاخف (٣) .

ومن ذلك : ما لو كان له عشر دار لا يصلح للسكنى ، والباقي للآخر ، وطلب
صاحب الاكثر القسمة ، اجيب في الاصح ، وان كان فيه ضرر شريكه (٤) .
وتتحكم هذه القاعدة في معظم مسائل التعسف في استعمال الحق ؛ لانها
تمثل المعيار المادي لهذه النظرية .

(١) الطرق الحكيمة ص ٣١٠ .

(٢) مقدمات ابن رشد ج ٤ ص ١٩٠ .

(٣) غزعيون البصائر للحموي على الاشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٢٢ .

والاشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٧ .

(٤) المرجع السابق ص ٧٩ .

المطلب السابع

القاعدة السادسة :

يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام^(١)

يدل على هذه القاعدة، استقراء احكام الشارع، من مثل نهيه ﷺ عن الاحتكار، وتلقى السلع، وبيع الحاضر للبادي، واتفاق السلف على تضمين الصانع^(٢)، مع ان الاصل في هؤلاء الاخيرين الامانة، تقديماً لمصلحة العموم على الخصوص^(٣). وتطبيقاً لهذه القاعدة، فان تصرف الفرد المأذون فيه شرعاً بما يجلب له مصلحة أو يدفع عنه مفسدة، اذا لزم عن تصرفه المشروع في الاصل ضرر عام يلحق المسلمين عامة، أو قطراً من أقطارهم، أو بلدأ، أو جماعة عظيمة منهم، ويغلب على الظن وقوعه، فعند ذلك يمنع الفرد من التصرف، وعليه ان يتحمل ضرره الخاص، دفعاً للضرر العام.

(١) مجلة الاحكام العدلية : مادة/ ٢٦ - راجع التضامن المادي في الفقه الاسلامي وأثره في تقييد الحق ص ١٧٣ وما بعدها - راجع في تقديم المصلحة العامة وتقييد الحق الفردي بمنع الاضرار بها - القواعد - للامام العز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٦٢ - الهداية ج ٤ ص ١٤٤ - المستصفى للغزالي ج ١ ص ٣٠٣ - الاشياء والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٢٢ - الاعتصام للشاطبي ج ٢ ص ١٢٢/١٢١ - الموافقات للشاطبي ج ٣ ص ٢٦٠ - المرجع السابق ج ٤ ص ٣٥٠ - الطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية ص ٢٨٩ .

(٢) راجع ص ٨٧ و ص ١٠٥ و ص ١٣٨ من هذا الكتاب .

(٣) الموافقات ج ٢ ص ٣٥٠ .

فكل تصرف مأذون فيه شرعاً ، اذا ترتب عليه مفسدة راجحة ، يمنع ؛
لأنه تعسف .

والواقع ، أن الشريعة تعتبر مجرد التسبب في نشوء المفسدات الراجعة ممنوعاً .
فدرء التعسف في استعمال الحق قد يتخذ صورة الموازنة والترجيح كما رأينا ،
وهو نظر مادي موضوعي لا يحفل بالدافع أو الباعث .
وأورد اصحاب القواعد فروعاً لهذه القاعدة ، تعتبر تطبيقاً لنظرية
التعسف . من ذلك :

١ - منع التجار من التغالي في الاسعار ، استغلالاً لحاجة الناس الى
ما يتجرون به من طعام وكساء وغير ذلك ، ولولي الامر ان يفرض التسعير
الجبري^(١) مستعيناً بأهل الخبرة ؛ كي لا يجاوز التجار ثمن المثل تجاوزاً فاحشاً ،
وفي هذا توفيق بين الحقين . وكل ذلك اذا اشتدت بالناس الحاجة .

٢ - منع التجار^(٢) من احتكار ما يحتاج اليه الناس ، ويؤمرون ببيعه بثمن
المثل ، والا يبيع عليهم جبراً بثمن المثل دون وكس او شطط .

٣ - الحجر على المفتي الماجن^(٣) الذي يعلم الناس الحيل ، والطبيب الجاهل ،
والمكاري المفلس أو المتعهد بتأجير المواصلات أو المنازل ، اذا اتضح انه مفلس .
والحجر على هؤلاء ؛ صيانةً للمصلحة العامة ، ودرءاً للضرر العام عن الناس في
الدين والنفس والمال .

نزع ملكية^(٤) دار أو أرض ؛ لتوسيع مسجد ، او بناء مستشفى ، او انشاء

(١) راجع ص ١٠٤ و ص ١٣٨ .

(٢) غمزعينون البصائر للحموي على الاشياء والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٢٢ .

(٣) المرجع السابق - وبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٣٤٧ - الطرق

الحكبة لابن قيم الجوزية ص ٣٠٨ وما بعدها .

(٤) الموافقات ج ١ ص ٣٥٠ .

طريق عام ، أو توسيعه ، مما تقتضيه المصلحة العامة ، وتظهر حاجة الناس اليه ، مع التعويض العادل على المالك ، توفيقاً بين الحقين ما أمكن .

منع تجار السلاح^(١) من بيعه أيام الحروب الأهلية ؛ لما في ذلك من اشغال نار الفتنة ، وإن لحق التجار ضرر ، فضرر الفتنة على الناس أشدّ .

يجبر صاحب الحائط المائل على الطريق العام والآيل للسقوط على هدمه ، فاذا سقط على أحد المارة بعد الاشهاد ؛ فانه يضمن ، لأنه يعتبر بالامتناع متعسفاً^(٢) .

منع الأفراد من إقامة فرن للخبز في سوق البزازين^(٣) أو مصنع الاسمنت مثلاً في وسط حي للسكن ، دفعاً للضرر العام عن اهل الحي .

هذا ، ولا يشترط في الضرر - ليعتبر عاماً - أن يكون شاملاً لعامة المسلمين ؛ بل يكفي - كما رأينا - أن يلحق جماعة عظيمة منهم ، كأهل السوق أو الحي ، أو أهل بلد ، أو قطر ، كما تبين من الفروع .

(١) اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٣٨/١٣٩ - والطرق الحكيمة ص ٢٠٢

و ص ٣٠٧ .

(٢) الهداية ج ٤ ص ١٤٤ .

(٣) غزعيون البصائر للحموي على الاشياء والنظائر لابن نجيم ص ١٢٢

وبما بعدها .

المطلب الثامن

القاعدة السابعة :

درء المفاسد مقدم على جلب المصالح^(١)

أصل هذه القاعدة قول النبي ﷺ : « إذا أمرتكم بأمر ، فاتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شيء ، فاجتنبوه » .

وجه الدلالة : أن الرسول ﷺ علق امتثال الأمر بالاستطاعة ، في حين أنه ﷺ سد باب النهي كله ، فلم يجزه أبداً إلا عند الضرورة .
وأيضاً ، فإن الأمر يفيد طلب الفعل ولو مرة ، والنهي يفيد طلب الكف عن الفعل أبداً .

وأيضاً ، فإن الواجبات تؤثر فيها المشقة ؛ للترخص ، ولو كانت من باب الحرج ، بخلاف المحرمات ، فإنه لا يؤثر فيها إلا الضرورة التي يخشى منها على النفس أو الدين ، أو باقي الضرورات الخمس .

والواقع أن هذه القواعد تعتبر خطأً تشريعية يلزم المجتهد العمل بمقتضاها في التشريع الاجتهادي ؛ توخيًا لمقصد الشارع وتحريراً للمصلحة - وهي

(١) الاشياء والنظائر للسيوطي ص ٧٩ - الاشياء والنظائر لابن نجيم ج ١
١٢٥ - مجلة الاحكام العدلية مادة/ ٣٠ .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٥٩/٣ - فلسفة التشريع الاسلامي - للدكتور صبحي الحمصاني ص ٢١١ - الموجبات والعقود ج ١ ص ٥٤ ؛ وما بعدها للمؤلف السابق - تفسير القرآن - للاستاذ الشيخ محمود شلتوت ص ٥٦٤ - شرح الادلة الاصلية على مجلة الاحكام العدلية - للاستاذ محمد سعيد مراد الغزوي ص ٥٧/٤٦ .

مقصد الشارع - وعملاً بضوابط المشروعات التي دل عليها استقرار الاحكام ؛
دوراً لتعسف في الاجتهاد والعمل .

قال الفقهاء : محل هذه القاعدة - « درء المفسد مقدم ... الخ » - اذا
كانت المفسدة راجحة ، وكان ذلك في غير ضرورة .

فاذا تعارض مفسدة ومصلحة^(١) ، قدم دفع المفسدة الراجحة ؛ لان اعتناء
الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات على ما جاء به الخبر المتقدم .
وعلى هذا ، اذا كانت المفسدة تافهة بالنظر الى المصلحة العظيمة المترتبة على
الفعل ، قدم جلب المصلحة .

ولذا قال الاصوليون : لا تبطل المناسبة بين العلة والحكم بالمفسدة النادرة .
ويقول الامام الشاطبي في تعليل ذلك ؛ « لان المصلحة اذا كانت غالبية ، فلا
اعتبار بالتدور في انحرامها »^(٢) .

هذا ، وقد تناولنا بالتفصيل والاستنتاج بحث أنواع الذرائع بحسب مآلاتها
الذي بسطه الامام الشاطبي في الموافقات^(٣) ، وبين مراتب الضرر التي تترتب
على التصرف المأذون فيه شرعاً ، ويشمل هذا البحث معظم حالات التعسف ،
فلا نعيد القول فيه .

ما يستنتج من أعلام الفواعل التفسيرية والفقرية التي تثبت النظرية :

أولاً - فيما يتعلق بأصل النظر في المآلات ، فان الفعل المأذون فيه - جلب
مصلحة أو دفع مفسدة - قد يصبح تعسفياً ، بالنظر الى ما يؤول اليه من
مفسدة مساوية او راجحة ، فيصبح غير مشروع ، وينع ، فهذا الاصل يعتمد

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٩ .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٦٠ وما بعدها .

(٣) راجع اصل النظر في المآلات - قاعدة سد الذرائع كؤيد لنظرية التعسف .

وراجع الموافقات ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها - والمرجع السابق ج ٤ ص ١٩٨ ،

وما بعدها .

نتائج الافعال وثمراتها ؛ ويستثنى من ذلك حق الملكية ؛ فلا يمنع المالك من التصرف في حقه الا اذا لزم عن تصرفه مفسدة راجعة لا مساوية ^(١) .

ولما كان بحثنا يدور على الافعال المأذون فيها أصلاً ؛ لطلب مصلحة أو درء مفسدة - فان نتائجها وثمراتها تتحكم في تكيفها من المشروعية أو عدمها ، أو قل من الابقاء على مشروعيتها أو اعتبارها تعسفية غير مشروعة . وبعبارة أخرى ، إن الفعل المأذون فيه في الاصل يصبح تعسفياً لعلّة المفسدة المادية الراجعة التي يؤول اليها ، واذا كانت العلّة في تكيف الفعل هي نتيجه أو ثمرته ، كان مجرد التسبب كافياً في المسؤولية في هذا المعيار .

وبدهي أن هذا المعيار يعتمد ضابط الموازنة ، وهو معيار مادي صرف ، حتى اذا صاحب المفسدة الراجعة المترتبة على الفعل قصد الاضرار كان محرماً من باب أولى .

وقد بينا أن المالكية والحنابلّة يأخذون بهذا الاصل ، والاولون توسعوا فيه . أما الحنفية فأخذوا به تحت اسم الاستحسان ، ونظروا في المآلات ، فمنعوا التذرع بالمشروع الى تحقيق اضرار راجعة ؛ وبذلك قالوا بمنع المالك من استعمال عقاره اذا أفضى الى اضرار فاحشة يجارها استحساناً ولأجل المصلحة ^(٢) ، ولا يعدو أن يكون « الحق » - في هذه الحال - قد اتخذ ذريعة الى ذلك . كما قالوا « بنظرية العذر » وهي أيضاً لا تعدو أن تكون من باب التذرع بالحق ؛ لاحاق الضرر بالمتعاقدين المنكوب الذي قام العذر في جانبه ، وهو ضرر طارئ راجع لم يكن يتوقع أثناء العقد ، وهذا - كما ترى - نظر الى المآل .

(١) تبين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ .

(٢) والحكمة في ذلك ، ان المالك انما منح حق الملكية شرعاً لمصلحة راجعة اقرها الشرع له ، فلا تقوى المفسدة المساوية اللازمة عن التصرف في حق الملكية على منع المالك من التصرف بملكه ؛ اذ سيحل بالمالك ضرر مساوٍ - كما هو المفروض - لما يصيب غيره من ضرر ، ولا يزال الضرر بمثله ؛ ولأن رفع الضرر عن المالك - لثبوت حقه شرعاً - أولى من دفع ضرر مماثل عن غيره .

والشافعية قائلون بهذا الاصل ، إلا أنهم يختلفون في التطبيق ، فيرون أن منع المالك من استعمال ملكه مفسدة ، فلا يجوز ، وعلى ذلك ، لا خلاف من حيث الاصل والمبدأ ، وإن ظهر بعض الخلاف في التطبيق .
وعلى هذا ، يمكن أن يستخلص المعيار الاول في التعسف ، ونقره كما يلي :
« لا يجوز استعمال الحق اذا أفضى الى اضرار مساوية او راجحة^(١) لا تتناسب مع المصلحة التي تجنى منه ، سواء أ كانت تلك الاضرار راجعة الى الفرد او الجماعة .
وهذا المعيار تؤيده القواعد التي ذكرناها من : الضرر « الاشد يزال الأخف » و « يختار أهون الشرين » - واذا تعارض مفسدتان .. الخ - و « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام »

ثانياً - أما فيما يتعلق « بالباعث » فقد رأينا أن الدافع غير المشروع يجعل الفعل المأذون فيه في الأصل تعسفياً ؛ لأن القصد غير الشرعي يهدف الى تحقيق أغراض غير مشروعة ، وتلك مناقضة للشرع في مقصده من تشريع الفعل ؛ اذ يتخذ الفعل المشروع وسيلة للتعبير عن نوايا ودوافع غير مشروعة ، ولم تشرع الافعال من اجل ذلك ، وهذا المعيار ذاتي أو شخصي ، ويحكم فيه قاعدة : « الامور بمقاصدها » التي تعتمد قوله ﷺ : « إنما الاعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى » .

ويمكن أن يستنبط من هذا الاصل معياران للتعسف :
اولاً - لا يجوز استعمال الحق لمحض الاضرار بالغير .
ثانياً - لا يجوز استعمال الحق ؛ لتحقيق مصالح غير مشروعة تتنافى مع الغرض الاجتماعي او الاقتصادي او السياسي للحق في نظر الشريعة الاسلامية .
وبذلك تكون نظرية التعسف قد جمعت بين معيارين رئيسيين : المادي والذاتي . وهذا يدعونا الى البحث في هذه المعايير بالتفصيل .

(١) قلنا يستثنى استعمال حق الملكية اذا ترتب عليه اضرار بالغير مساوية ، فنرجح الاذن في حق المالك لاوليته .

الفصل الثالث

معايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي

قلنا ان نظرية التعسف في الفقه الاسلامي تجمع بين معيارين رئيسيين هما :
١ - المعيار الذاتي أو الشخصي : وهذا يستدعي النظر في العوامل النفسية التي حركت ارادة ذي الحق الى التصرف بحقه ، من قصد الاضرار ، أو الدافع الى تحقيق مصالح غير مشروعة .

٢ - المعيار المادي : الذي يعتمد ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع ، وما يلزم عن ذلك من مفسدة ، ووسيلته في ذلك الموازنة ؛ فاذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها ، منع الفعل ، وهذا الضابط يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها قبل بعض ، والحق الفردي مع المصلحة العامة من باب أولى .

ونبحث هذين المعيارين الرئيسيين بالتفصيل :

المعيار الاول ذو شقين :

أ - الاول : تمحض قصد الاضرار .

ب الثاني : الباعث غير المشروع .

أورد — فعضى قصدر الاضرار^(١) :

هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف وأصلها ، بدليل وجوده في الشرائع القديمة على ما سنين ، ومجافاته لمبادئ الاخلاق ظاهرة ، غير أن الكشف عنه من العصر بمكان ؛ لذا يستعان بالامور الظاهرة المادية ، كالقرائن ، في تبينه . هذا ، والقصد الى الاضرار بالغير ممنوع في الشريعة ، فيمنع الفعل الذي اتخذ وسيلة للتعبير عنه أو لتحقيقه ؛ لانه يتنافى وأغراض الشارع من تشريعه للحقوق . والاصل في هذا ، ماجاء في الآيات الكريمة التي سقناها للدلالة على ثبوت هذه النظرية ، وحديث الرسول ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وهذه الادلة تعتبر أصلاً لهذا المعيار .

وقد نص بعض العلماء على هذا المعيار صراحة ، فابن رجب الحنبلي في شرحه لحديث « لا ضرر ولا ضرار » يجعل حكمه شاملاً لاستعمال الحق بقصد الاضرار ، ولا لحاق الضرر بالغير دون وجه حق ، ويرى انه يقسم الى نوعين : احدهما — ان لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير . فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه^(٢) .

ويقول الإمام الشاطبي مؤيداً تحريم هذا النوع ومنع التسبب فيه : « لا إشكال في منع القصد الى الاضرار من حيث هو اضرار ؛ لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الاسلام »^(٣) .

الفروع الفقهية في مختلف المذاهب تطبيقاً لهذا النوع

وقد أورد ائمة المذاهب الفقهية فروعاً تطبيقية لهذا المعيار « تمحض قصد

(١) راجع أدلة النظرية من الكتاب الكريم ، وما جاء فيها من تفصيل وتفريع عن هذا

الاصل : تمحض قصد الاضرار في استعمال الحق .

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٥ وما بعدها .

(٣) الموافقات ج ٢ ص ٤٩٣ وما بعدها .

الاضرار . ولا خلاف بين العلماء في الاثم الأخروي ، وإنما الخلاف في الجزاء القضائي من المنع والضمان ، فبعضهم كالامام الغزالي يذهب الى أن القصد الى الاضرار محرم ديانة ، ويأتي بضابط كلتي يحكم هذا الوجه من استعمال الحقوق ، حيث يقول :

« وإنما العدل أن لا يضر بأخيه المسلم ، والضابط الكلبي فيه ، أن لا يجب لأخيه إلا ما يجب لنفسه ، فكل ما لو عومل به شق عليه ، وثقل على قلبه ، فينبغي أن لا يعامل به غيره » (١) .

وجاء في معين الأحكام : في شرح حديث « لا ضرر ولا ضرار » : فنهى النبي ﷺ أن يتعمد أحدهما الأضرار بصاحبه ، ومن أن يقصدا ذلك جميعاً » (٢)

الجزاء القضائي :

وجاء في فقه الصحابة - رضي الله عنهم - نويث المبثوثة في مرض الموت ؛ لتعسفه في استعمال حق الطلاق ؛ بجرمانها من الميراث ؛ لمحض قصد الاضرار « قال بذلك عمر (رض) في قضية غيلان بن سلمة ، لما طلق نساءه ، وقسم ماله بين بنيه ، فقال له عمر (رض) : لتراجعن نساءك ، ولترجعن مالك ، وألأورثن نساءك ، ثم لأمرت بقبورك ، فليرجعن كما رجعن قبر أبي رغال » (٣) .
وبذلك أفنى عثمان بن عفان (رض) اذ ورث تناضر ، زوجة عبد الرحمن بن عوف منه ، حين طلقها في مرضه الذي مات فيه (٤) .

(١) الاحياء - للغزالي - ج ٢ ص ٧٦ - وراجع حقوق الجوار ص ٣٥ .

(٢) ص ٢٤٤ .

(٣) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ١٤٣ - بداية المجتهد لابن رشد - ج ٢

ص ٦٨/٦٩ .

(٤) اعلام الموقعين ج ٢ ص ١٢٦ كتاب الخلاف (في فقه الجعفرية) حيث قالوا بتوريثها لمدة سنة من تطليقها ، مالم تزوج ، فان تزوجت بعد انقضاء عدتها لم ترثه ، وان زاد على السنة يوم واحد لم ترثه . ج ٢ ص ١٥٦ - القواعد لابن رجب ص ١٦١ .

في المذهب الحنفي :

ذهب أبو يوسف الى منع من يستعمل حقه بقصد الاضرار بغيره ، فقد جاء في كتاب الخراج ما نصه : « وصالت - أمير المؤمنين - عن الرجل يكون له النهر الخاص ، فيسقى منه حرثه ونخله وشجره ، فينجز من ماء نهره في أرضه ، فيسيل الماء من أرضه الى أرض غيره فيغرقها ، هل يضمن ؟ قال ليس على رب النهر في ذلك ضمان ، من قبل أن ذلك في ملكه ، وكذا لو نزلت أرض هذا من الماء ففسدت ، لم يكن على رب الأرض الاولى شيء ، وعلى صاحب الأرض التي غرقت ونزلت ان يحصن أرضه . ولا يحل لمسلم أن يتعمد أرضاً لمسلم أو ذمي بذلك ؛ ليعرق حرثه فيها ، يريد بذلك الاضرار به ؛ فقد نهى الرسول ﷺ عن الضرار ، وقد قال : ملعون من ضار مسلماً أو غيره ، وإن عرف ان صاحب النهر يريد ان يفتح الماء في أرضه للاضرار بجيرانه ، والذهاب بغلاتهم ، وتبين ذلك ، فينبغي أن يمنع من الاضرار بهم ^(١) . وهذا يبين .

وماء في مجمع الضمانات ^(٢) :

« رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه ، فأوقد النار في حصائده ، فذهبت النار الى أرض جاره ، فأحرق زرعه ، لا يضمن ، إلا أن يعلم أنه لو أحرق حصائده ، تتعدى النار الى زرع جاره ؛ لانه اذا علم كان قاصداً إحراق زرع الغير . وكذلك رجل له قطن في أرضه ، وأرض جاره لاصقة بأرضه ، فأوقد النار من طرف أرضه الى جانب القطن ، فأحرق ذلك القطن ، كان ضمان القطن على الذي أوقد النار ، لانه اذا علم أن ناره تتعدى الى القطن ، كان قاصداً إحراق القطن » ^(٣) .

(١) الخراج - لابي يوسف - ص ١٦١ .

(٢) مجمع الضمانات ص (٣٩٠) .

وفي المذهب المالكي :

جاء في تبصرة الحكام :

« لو ادعى الصعاليك على أهل الفضل دعاوى باطلة ، وليس لهم من قصد الا التشهير بهم ، وايقافهم امام القضاء إيلاماً وامتهاناً ، لا تسمع الدعوى ، ويؤدب المدعي ^(١) » .

وورد فيها أيضاً : « لو ادعى غصباً على رجل من أهل الخير ، ففي الصحيح من رأي مالك ، أن الدعوى لا تسمع ، ولا يحلف المدعى عليه ؛ لثلايت طرق الارذال والأشرار الى أذية اهل الفضل والاستهانة بهم » ^(٢) .

وهذا - كما ترى - تخصيص لقوله ﷺ « البينة على من ادعى ، واليمين على من انكر » بالمصلحة ، وهي دفع الضرر ، أو التعسف ، قضاءً .

انتفاء المصلحة المشروعة قريبة على قصر الاضرار

غير أنه لعسر تبيين هذه النية ، يستعان بالقرائن ، ومن ذلك : أن لا يكون له منفعة في استعمال حقه ، ومع ذلك يترتب عليه ضرر بغيره ، فيمنع ؛ لان ذلك قريبة على تمحض قصده الاضرار ، ويمنع من باب اولى ، اذا استعمل حقه على وجه سلبى ، بأن يمنع غيره من الارتفاق بأرضه مثلاً ، اذا ترتب على هذا الارتفاق نفع لكلها ، كما جاء في قضاء عمر (رض) ^(٣) في قضية محمد بن رسالة .
وجاء فيها أيضاً : ومن أراد أن يطرد داخل داره - أي يطينه - ولجاره

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١١٩ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق .

(٣) راجع أدلة النظرية في فقه الصحابة تفصيل القول في هذه القضية .

حائط فيها ، فمنعه من ذلك ، لم يكن له ذلك ؛ لان له منفعة فيه ، ولا مضرة على جاره ، ومنه الحديث « لا ضرر ولا ضرار »^(١) .

وجاء في المدونة : ^(٢) « أ رأيت لو أني أعرت رجلاً يبنى في ارضي ، او يغرس فيها ، وضربت له لذلك أجلاً ، فبنى وغرس ، فلما مضى الاجل أردت اخراجه ؟ قال : قال مالك : يخرج ، ويدفع اليه قيمة نقضه منقوضا ان احب رب الارض ، وان أبي ، قيل للذي بنى وغرس : اقلع نقضك وغراسك ، ولا شيء لك غير ذلك . قلت : وما كان لامنفعة له فيه اذا نقضه ، فليس له أن ينقضه في قول مالك » .

وهذا الاصل يقرره صاحب البهجة ، فيمنع المالك من استعمال حقه اذا لم يكن له في ذلك مصلحة من جلب نفع أو دفع ضرر ، فان كان فله ذلك ؛ لان ذلك اما عبث ؛ او لقصد الاضرار ، وكلاهما لم يشرع استعمال الحق من أجله ؛ فهو محض تعسف ، حيث يقول : « واما لو كانت له في أرضه شجرة ، فخرجت عروقها لارض جاره ، فنبتت وصارت شجراً مشمراً ، فان من نبتت في ارضه بخير بين أن يقلعها ، أو يعطيه قيمتها مقلوعة ، الا أن يكون لصاحب الشجرة منفعة لو قلعها وغرسها بوضع آخر لنبتت ، فله قلعها وأخذها ، وان كانت لا منفعة له فيها ، ولا مضرة عليه فيها ، فهي لرب الأرض »^(٣) .

وجاء في مقدمات ابن رشد^(٤) : « فيمن اغتصب أرضاً فغرسها - قلت : أ رأيت لو أن رجلاً غصب أرضاً ، فغرس فيها شجراً ، فاستحقها ربه ، قال : يقال للغاصب : اقلع شجرك ! الا ان يشاء رب الارض أن يأخذها بقيمتها مقلوعة . وكذلك البنيان ، اذا كان للغاصب في قلعه منفعة ؛ فانه يقال له اقلعه ! الا أن

(١) ج ٢ ص ٢٧٠ .

(٢) ج ٥ ص ١٦٥ .

(٣) البهجة شرح التحفة - للتسولي ج ١ ص ٣٤١ .

(٤) المقدمات لابن رشد ج ٤ ص ١٩٠ .

بشاء رب الارض ان يأخذه بقيمته مقلوعا ؛ فاما ما ليس للغاصب فيه منفعة ،
فليس له ان يقلعه ،^(١) .

على أنا قد اوردنا في الادلة التي تثبت النظرية ، ما يؤيد هذا الاصل^(٢) ، وهو
المنع من استعمال الحق دون منفعة تعود على صاحبه اذا ترتب عليه ضرر بالغير ،
ومن ذلك ، حديث ابي هريرة في غرز الخشبة في حائط الجار^(٣) ، وفيما روى من
قضاء عمر في قضية محمد بن مسلمة^(٤) .

وقد أورد ابن رشد في بدايته هذا الاصل ، وعرض لخلاف الائمة في ذلك
حيث يقول : « واختلفوا في الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ؛ ليغرز فيه
خشبة لمنفعته ، ولا تضر صاحب الجدار . وبالمجلة ، في كل ما ينتفع به المستعير ولا
ضرر على المعير فيه ، فقال مالك وأبو حنيفة ، لا يقضى عليه به ؛ اذ العارية
لا يقضى بها » .

« وقال الشافعي واحمد وابو ثور وداود وجماعة اهل الحديث : يقضى بذلك .
وحجتهم ، ماخرجه مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول
الله ﷺ قال : « لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره .. الحديث » .
« واحتجوا ايضاً بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ، ان الضحاك بن قيس
ساق خليجاً له من العريض ، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى
محمد ، فقال له الضحاك : أنت تمنعني وهو لك منفعة .. الخ » .

وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال : « كان في حائط
جدي ربيع لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد أن يحوله الى ناحية من الحائط ، فمنعه

(١) ج ٤ ص ١٩٠ .

(٢) راجع في مستند هذا الاصل « تمحض قصد الاضرار ، أدلة الكتاب الكريم
في اثبات النظرية في حق الايضاء ، وحق الرضاع ، وحق الرجعة .

(٣) راجع هذا الحديث أدلة النظرية من السنة .

(٤) راجع ذلك كله أدلة النظرية من فقه الصحابة ، حيث نمده مفصلاً .

صاحب الحائط ، فكلّم عمر بن الخطاب ، فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله .
وقد عذّل الشافعي مالكا لإدخاله هذه الأحاديث في موطئه ، وتركه
الآخذ بها .

وعمدّة مالك وأبي حنيفة : قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يجل مال امرئ »
مسلم الا عن طيب نفس منه .

وعند الغير : ان عموم هذا مخصص بهذا الحديث ، وبخاصة حديث أبي هريرة ،
وعند مالك أنها محمولة على الندب ، وأنه اذا أمكن^(١) ان تكون مخصصة ، وان
تكون على الندب ، فحملها على الندب أولى ؛ لان بناء العام على الخاص انما
يجب اذا لم يكن بينها جمع ، ووقع التعارض^(٢) .

والفقه الحنفي أخذ بهذه القرينة أيضاً : ففي باب الدعوى : أنه اذا
كانت بينة المذعى حاضرة في مجلس القضاء ، وطلب بين خصمه ، لم يجبه القاضي
الى طلبه باتفاق أئمة المذهب ؛ لانتفاء المصلحة في هذا الحق^(٣) ، وانتفاء المصلحة
قرينة على قصد الاضرار ، فيمنع لذلك . اي يمنع درءاً لتعسفه .

وفي الفقه الشافعي :

تقرر في الفقه الشافعي وغيره ، أن حبس المدين المماطل الممتنع عن الاداء ،
شرع وسيلة لا كراهه على اظهار ماخفي من ماله ؛ وفاء لدينه ، شريطة أن
يكون قد غلب على الظن يساره ، فيحبس بناء على طلب الدائن ، حتى اذا ثبت
إعسار المدين ، فلا يجاب الدائن الى طلبه ؛ لان استعماله لحقه في هذه
الحال لا يؤدي الى المقصود ، ويمكن أن يعتبر قرينة قاطعة على أنه يقصد مجرد
احداث الضرر بمدينه ، والوسائل لم تشرع لذلك ؛ لان الاصل أن اعمال المكلفين
يجب أن يكون القصد فيها موافقاً لقصد الله في التشريع ، أي ان تستهدف

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٤ .

(٢) تكملة الفتح ج ٦ ص ١٥٤ .

المصالح التي شرعت لاجلها ، وهو الاصل الذي بنيت عليه الشريعة ، والا كانت المناقضة والتعسف .

ويقول العلامة العز بن عبد السلام الشافعي في هذا الصدد : « ان ثبت عسره فلا يجوز حبسه حتى يثبت يساره ^(١) » .

مذهب الامام احمد :

وجاء في كشف القناع من تطبيقات هذا الاصل ، ان صاحب الحائط الذي يستتر ملك جاره به ، لا يملك هدمه دون عذر قوي ، أو غرض صحيح ، فالحق في التصرف هنا مقيد بالا يعود على غيره بالضرر ، واستعماله دون غرض مظنة قصد الاضرار ، فيمنع . اما اذا كان له غرض صحيح ؛ فله ذلك ، لانتفاء قصد الاضرار ؛ ولانه اذا كان له مصلحة ظاهرة في هدمه ، فمنعه من تحصيلها مضرّة والضرر لا يزال بالضرر ^(٢) .

وجاء فيه ايضاً ^(٣) « وليس له - أي رب الحائط - منعه - أي منع جاره من وضع خشبه - أي اذا لم يمكن الا به - للاضرار على الحائط ؛ لما تقدم . فان أبى رب الحائط تمكينه منه أجبره الحاكم عليه ؛ لانه حق عليه ^(٤) » .

فقه الجعفرية :

والى هذا ذهب الجعفرية ، فمنعوا استعمال الحق دون ابتغاء جانب منفعة أو

(١) القواعد ج ١ ص ١٠٢ - الطرق الحكيمة ص ٧٣ وما بعدها - معين

الحكام ص ٢٣٣ .

- هناك تفصيل في جواز حبس المدين في الفقه الحنفي وغيره . لم ترّ داعياً الى ايراده وعرض بخلاف الأئمة فيه ؛ اذ لا يتسع المقام لذكره .

(٢) كشف القناع ج ٣ ص ٣٤٢ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) كشف القناع ج ٣ ص ٣٤٢ .

دفع مضرّة اذا ترتّب عليه ضرر بغيره ، وجعلوا حديث « لا ضرر ولا ضرار » حاكماً على هذا التصرف ، حيث قالوا في هذه الصورة : « فيظهر منهم - من الأئمة - عدم جوازها ، سواء قصد بتصرفه الاضرار أم لا ؛ لان المفروض عدم ورود ضرر عليه ، ولا يلزم من تصرفه جلب نفع حتى يكون حرجياً ؛ فليس هنا الا عموم السلطنة ، وهو محكوم بقاعدة لا ضرر^(١) » وفرعوا على ذلك مايلي :

« ليس للغاصب قلع الصبغ - أي من الثوب - ؛ لأنه لا منفعة له فيه ، سواء كان الصبغ أسود او ابيض^(٢) » .

هذا وقد حمل الشيعة الجعفرية قاعدة « لا ضرر » ، على ما اذا لم يكن غرض إلا الاضرار^(٣) .

والواقع أن استعمال الحق لمجرد احداث الضرر بالغير ، او دون منفعة تعود على صاحبه ، اذا لزم عنه ضرر بالغير ، يعتبر مجرد تسبب في الاضرار ، ولو أجزى هذا التسبب ؛ لكان مناقضة لقصد الشارع في شرع الحق ؛ لانه إما لمحض قصد الاضرار ، او للعبث ، « والاضرار بمنوع باتفاق^(٤) » والعبث لا يشرع ؛ لأن كليهما يناقض القول « باعتبار المصالح في الاحكام^(٥) » والمناقضة تعسف ، على ما بينا .

وفي هذا يقول الامام الشاطبي :

« إننا لو اعملنا السبب هنا ، مع العلم بأن المصلحة لا تنشأ عن ذلك السبب ، ولا توجد به ؛ لكان ذلك نقضاً لقصد الشارع في شرع الحكم ؛ لأن التسبب هنا يصير عبثاً ، والعبث لا يشرع ، بناء على القول بالمصالح^(٦) » .

(١) الخلاف ج ٢ ص ٢٤٤ . والمقصود بعموم السلطنة ، سلطة المالك في جميع وجهه التصرف بملكه .

(٢) المرجع السابق ص ١٧٢ وراجع في هذا بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٧٨ .

(٣) الخلاف ج ٢ ص ٢٤٤ .

(٤) الموافقات ج ١ ص ٢٩٠ ومعين الحكم ص ٢٤٤ .

(٥) المرجع السابق ص ٢٥٤ .

(٦) المرجع السابق .

ثانياً — استعمال الحق في غير المصلحة التي سُرِع من أجلها :

قلنا في تعريف التعسف ، انه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الاصل ، وهذا المعنى يتحقق في استعمال الحق في غير الغرض او المصلحة التي من أجلها شرع ؛ لأن قصد ذي الحق في العمل هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع ، ومعاندة قصد الشارع عيناً باطلة ، فيكون باطلا بالضرورة كل ما ادى الى ذلك ، ولا خلاف بين العلماء في هذا ، لأنه تحيل على المصالح التي بنيت عليها الشريعة ، وهدم لقواعدها ، وانما الخلاف بينهم في أمر آخر ، هو الوسيلة التي يتوصل بها الى كشف ذلك القصد او الباعث .
وفيا يلي نورد تطبيقات على هذا المعيار الذي ظهر أثره في كافة الحقوق ، ومنها حقوق الاسرة ، فمن ذلك :

الولاية على النفس والمال :

جاء في المدونة ^(١) :

« قلت : رأيت إن زوج الصغيرة ابوها بأقل من مهر مثلها ، يجوز ذلك عليها في قول مالك ؟ قال : سمعت مالكا يقول : يجوز عليها نكاح الأب ، فأرى انه ان زوجها الاب بأقل من مهر مثلها ، او بأكثر ، فان ذلك جائز اذا كان انما زوجها على وجه النظر لها ^(٢) » .

وجاء فيها ايضاً ^(٣) :

(قال) ولقد سألت مالكا امرأة ولها ابنة في حجرها ، وقد طلق الأم

(١) المدونة ج ٤ ص ٥ .

(٢) المدونة ج ٤ ص ٥ .

زوجها عن ابنة له منها ، فأراد الاب ان يزوجه من ابن أخ له ، فأنت الام الى
الامام مالك فقالت له : ان لي ابنة ، وهي موصرة مرغوب فيها ، وقد اصدقت
صداقاً كثيراً ، فأراد ابوها ان يزوجه من ابن أخ له معدماً لا شيء له ، أفترى
لي ان اتكلم ؟ قال نعم ، اني ارى لك في ذلك متكلماً (قال ابن القاسم) اني
ارى ان نكاح الاب اياها جائز عليها ، الا ان يأتي من ذلك ضرر ، فيمنع
من ذلك ^(١) .

وجاء فيها ايضاً :

« قلت : رأيت ان زوج ابنته وهي بكر ، ثم حط من الصداق ، أيجوز
ذلك على الابنة في قول الامام مالك ؟ قال الامام مالك : لا يجوز للأب ان
يضع من صداق ابنته البكر شيئاً ؛ اذ لم يطلقها زوجها (قال ابن القاسم)
وأرى ان ينظر في ذلك ، فان كان ما صنع الاب على وجه النظر ، مثل ان يكون
الزوج معسراً بالمهر ، فيخفف عنه ، ويُنظره ، فذلك جائز على البنت ؛ لأنه لو
طلقها ، ثم وضع الاب النصف الذي وجب للابنة من الصداق ، ان ذلك جائز على
البنت ، فاما ان يضع من غير طلاق ، ولا على وجه النظر لها ، فلا أرى أن يجوز
ذلك له ^(٢) . »

وهذه النصوص من فقه المالكية تفيد ، ان حق الولاية على النفس ، ولو
للأب ، يجب ان يمارس على وجه النظر والمصلحة لها ، حتى اذا استعمل على وجه
لا يحقق ذلك ، كان متعسفاً .

ومن الحقوق التي تتعلق بنظام الاسرة في الفقه الاسلامي السلطة الزوجية ،
ولما كان لهذه السلطة من أهمية قصوى ؛ لتعلقها باستقرار الامرة ، رأيت ان
اتناولها بالبحث والتفصيل ، لأبين وجد التعسف فيها ، وكيف عاجله المشرع .

(١) المدونة - ج ٤ - ص ٥ .

(٢) المدونة ج ٤ - ص ٩ .

السلطة الزوجية :

ولاية الزوج على زوجته تأديبية ، وهذا الحق ثابت بقوله تعالى :
« واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع ، واضربوهن ،
فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ^(١) » .

وقد روي عن رسول الله (ص) انه قال في حجة الوداع « فاتقوا الله في
النساء ، فانهن عوان عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة
الله ، ولكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احداً تكرهونه ، فان فعلن فاضربوهن
ضرباً غير مبرح ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ^(٢) » .
وقد حددت الشريعة موضع استعمال هذا الحق وانه « النشوز » كما حددت
الوسيلة ، والغاية .

« والنشوز » هو الترفع عن الطاعة ، اي عصيان الزوجة لزوجها فيما أمرها
الله ان تطيعه فيه .

وقال الفقهاء : النشوز هو « كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر ^(٣) » .
ويقول ابن قدامه « معنى النشوز : « معصية الزوج فيما فرض الله عليها
من طاعته ^(٤) »

(١) سورة النساء ، آية رقم ٣٤ - راجع جامع البيان في تفسير القرآن - للطبري
ج ٥ ص ٣٧ وما بعدها .

(٢) رواه مسلم ، وانظر الترغيب والترهيب للنذري ج ٣ ص ٤٩ وما بعدها
- فتح القدير ج ٤ ص ١٩٣ المطبعة الميمنية - المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٤٦ والهي
ج ١٠ ص ٧٢ المسألة - ١٩٠٨ - البدائع ج ٢ ص ٣٣٤ القوانين الفقهية لابن جزي .
- ص ٢٠٧ وما بعدها - مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٥٢ - ٢٥٣ - الاحياء للغزالي
ج ٢ ص ٥١ الخلاف في الفقه الجعفري ج ٢ ص ٤٢٦ - كشف القناع ج ٥ ص ٣٨٦ .
(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ٣٣ - ٣٣٤ البحر الرائق لابن نجيم
ج ٥ ص ٥٣ .

(٤) المغني ج ٧ ص ٤٦ .

أما وسائل التأديب ، فقد رتبها الشريعة ، فيبدأ بالوعظ ثم المهجر ثم الضرب .
 هذا ، وقد حددت الشريعة مدى جسامته ^(١) كل وسيلة ، كما تدرجت في هذه
 الوسائل من الأخف إلى الأشد ، حسب ما تقتضيه الظروف ، يقول الامام الكاساني :
 « فظاهر الآية - وإن كان يحرف الواو الموضوع للجمع المطلق - لكن
 المراد منه الجمع على سبيل الترتيب ، والواو تحتل ذلك » .

الغاية أو المحل الذي شرع من أجلها التأديب :

وغاية التأديب هو تهذيب الزوجة ، وحملها على الطاعة ، وإصلاح نشوزها ،
 فولاية التأديب وضعها الشارع حقاً في يد الزوج ، ليستهدف باستعماله حق التأديب
 هذه الغاية ، فإذا ابتغى بفعله غير ذلك ، أصبح فعله تعسفياً غير مشروع ؛
 لانحرافه بهذا الحق عن الغاية التي شرع من أجلها ، وذلك كان يريد به الانتقام ،
 أو التعبير عن كراهيته ، أو يريد به الحمل على معصية ، أو إكراه الزوجة على إنفاق
 مالها في وجه لآترائه ، ولو استعمل حقه في الحدود الموضوعية المرسومة له شرعاً .
 ويقول صاحب منح الجليل : « إذا تحقق الزوج أو ظن عدم إفادة الضرب ،
 أو شك فيها ، فلا يضربها ؛ لأنها وسيلة إلى إصلاح حالها ، والوسيلة لا تشرع
 عند ظن عدم ترتيب المقصود عليها ^(٢) » .

(١) وأما تحديد جسامته كل وسيلة ، فقد بينه الفقهاء بحيث يسأل الزوج إن جاوزها ،
 فلهجر في المضجع ، قد حدده الفقهاء بما لا يبلغ مدة الإيلاء المقدرة بأربعة أشهر ، والضرب
 مقيد إلا يكون شديداً ولا شائناً ، وهذا القيد مستمد من قوله (ص) « .. واضربوهن
 ضرباً غير مبرح » فالضرب الشديد أو الشائن غير جائز للزوج ، ولو تعين وسيلة للتأديب ،
 أي أنه إذا غلب على ظن الزوج إن الزوجة لا تترك النشوز إلا بضرب شديد أو شائن ،
 فليس له أن يؤديها به - . منح الجليل ج ٢ ص ١٧٦) .

(٢) منح الجليل - ج ٢ ص ١٧٦ ويقول الامام العز بن عبد السلام « كل تصرف
 تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل » .
 القواعد ج ١ ص ١٠٢ - ١٠٣ .

وهكذا ينص الفقهاء ، على أن الحق وسيلة شرعت لغاية معينة ، فلا يجوز استعمالها في غير غايتها ؛ أي لتحقيق مصلحة غير مشروعة ؛ لأن ذلك يناقض قصد الشارع من تشريعه هذا الحق ، ومناقضة الشرع باطلة ، فما يؤدي إليها باطل ، ولا نغني بالتعسف إلا هذا .

لا يقال إن هذه الاباحة طارئة ومشروعة على خلاف القياس ؛ لأن الأصل صيانة الإنسان عن الأضرار به ، وسلامة جسمه ، وعدم تعريضه للإيلام ، والتعسف إنما يكون في استعمال الحق أو فيما هو مباح اباحة أصلية ؛ لأننا نقول : إن الشريعة لا تفرق بين الاباحة الأصلية والطارئة من حيث الغاية ، فكلاهما وسيلة شرعت لحكمة ، وأما عصمة الإنسان عن الأضرار به وإيلامه ، فهو أصل عام يعارض كل اباحة أو حق استعمل على وجه يلحق الأضرار بالغير ، لعموم الحديث : « لا ضرر ولا ضرار » . إلا ما استثنى من ذلك بدليل ، ولمصلحة معينة رآها المشرع أولى بالرعاية من مقتضى الأصل العام ، فيجب أن لا تعتسف تلك المصلحة .

على أن الوسيلة ، إذا غلب على الظن عدم أفضائها إلى الثمرة المرجوة منها ، لم تشرع ؛ لأن استعمالها حينئذ يصبح ضرباً من العبث أو الأضرار ، وكلاهما لا يشرع^(١) لمناقضته لقصد الشارع ، إذ الأصل أن المصالح معتبرة في الأحكام ، وهذا الأصل يرد قيماً على استعمال الحق^(٢) والاباحة باطلاً .

على أن سلطة التأديب هذه ليست اباحة ، وإنما هي حق بالمعنى الدقيق ؛ لأن الزوج يستأثر بما يخوله هذا الحق من سلطة ، فهو قاصر عليه من دون الناس ؛ لأنه أقدر على استعماله .

ونظرية التعسف تقيد الفعل الذي يخوله الحق بكونه لازماً وملائماً .
ألا ترى أنه لا يجوز التأديب بالأغلظ إذا حصل بالاخف ، وأنه لا يجوز

(١) الموافقات ج ١ ص ٣٨٦ .

(٢) راجع في أسس تقييد الحق في الفقه الإسلامي - الأساس الأول - المصالح معتبرة

في الأحكام ص ١٦٢ - وراجع الفوائد للزبن عبد السلام ج ١ ص ١٠٢ - ١٠٣ .

استعمال الوسيلة اذا لم تكن ملائمة ، بأن غلب على الظن عدم ترتب المقصود عليها ، ولو كانت في الحدود الموضوعية المرسومة لها شرعاً ، وفي هذا يقول الامام العز بن عبد السلام : «ومهما حصل التأديب بالأخف من الافعال والاقوال ، لم يعدل الى الاغلظ ؛ اذ هو مفسدة لا فائدة فيه ؛ لحصول الغرض بما دونه (٣) » .
ومما يتصل بهذا الموضوع الولاية التأديبية على الصغار .

الولاية التأديبية على الصغار

وكل ما قيل في « تأديب الزوجة » يقال في تأديب الصغار ، من وجوب استعمال الحق فيما شرع من أجله ، وأنه اذا استعمل لتحقيق غرض غير مشروع ، كان تعسفياً ؛ فلا يجوز .
كما يشترط ان يكون الفعل لازماً وملائماً لتحقيق الغاية ، وان يغلب على الظن إفشاء الوسيلة الى غايتها .

وفي هذا يقول العز بن عبد السلام : « فان قيل : اذا كان الصبي لا يصلحه الا الضرب المبرح ، فهل يجوز ضربه تحصيلاً لمصلحة تأديبية ؟ قلنا لا يجوز ذلك ؛ بل لا يجوز أن يضربه ضرباً غير مبرح ؛ لأن الضرب الذي لا يبرح مفسدة ، وانما جاز ؛ لكونه وسيلة الى مصلحة التأديب ، فاذا لم يحصل التأديب سقط الضرب الخفيف ، كما يسقط الضرب الشديد ؛ لان الوسائل تسقط بسقوط المقاصد (١) » .

وهذا صريح في وجوب درء التعسف في كل تصرف مشروع اذا غلب على الظن عدم تحقق الغاية ، او انتفاء الثمرة التي رتبها الشارع على شرعيته ؛ اذ لا عبرة بالوسيلة اذ انتفى المقصد او سقط .

(١) القواعد ج ٢ ص ٧٥ .

(٢) القواعد ج ١ ص ١٠٢ - ١٠٣ - وراجع جامع أحكام الصغار على

هامش جامع الفصولين - ج ١ ص ١٠ ط اول بالمطبعة الازهرية سنة ١٣٠٠ هـ .

وعلى العموم ، فالولاية في الشرع منوطة بالمصلحة ، ويؤمر من وضع حق الولاية في يده برعاية الاصلح للمولتى عليه ، فهو - كما ترى - حق وواجب في آن واحد . يقول صاحب الاعتصام : « ان الأب في طفله ، او الوصي في يتيمة ، أو الكافل فيمن يكفله ، مأمور برعاية الاصلح له ^(١) » . وعلى هذا ، فالولي اذا اهل ، أو اتخذ حق الولاية وسيلة لتحقيق اغراض غير مشروعة ، كان متعسفاً ، ووجب سلب حق الولاية منه .

أثر هذا المعيار في نظام الامارات :

قدمنا أن التحيل بما ظاهره الجواز ؛ لتحليل محرم ، أو اسقاط واجب ، تعسف ؛ لانه استعمال الحق لتحقيق غرض لم يشرع لأجله ؛ وهو غشٌ نحو الشريعة ، فيبطل التصرف - كما يقول ابن تيمية ^(٢) لوجهين :

احدهما : ان الامر المحتال عليه أبطل ما فيه من حكمة الشارع .

والثاني : ان الامر المحتال به لم يكن له حقيقة ، ولا كان مقصوداً ، بحيث يكون محصلاً لحكمة الشارع ومقصوده فيه ، فصار مفسداً بسعيه في حصول المحتال عليه اذا كان حقيقة المحرم ، ومعناه موجوداً فيه ، وان خالفه في الصورة . وقد بين الامام الشاطبي حقيقة الحيلة ، وانها « تقديم عمل ظاهر الجواز ، لابطال حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر الى حكم آخر ؛ فمال العمل فيها خرم قواعد الشريعة ^(٣) » .

والتحليل تعسف ؛ لانه اتخاذ امر ظاهر الجواز ؛ لابطال حكم شرعي ، فمال العمل بالحيلة - كما يقول الشاطبي - خرم قواعد الشريعة ^(٤) ، اي هدمها ، وليس أمعن في الغش نحو الشريعة من

(١) الاعتصام للشاطبي ج ٢ ص ١٢٢ - راجع الحقوق الغيرية ص ١٢٤ - ١٢٦

(٢) الفتاوى ج ٣ ص ١٣٤ - راجع الموافقات ج ٤ ص ٢٠١ .

(٣) الموافقات ج ٤ ص ٢٠١ .

(٤) الموافقات ج ٤ ص ٢٠١ .

هدم مقاصدها التي من أجلها انزلت تحت ستار الحقوق والإباحات !
ولا نظن أن أحداً من العلماء يجيز هذا ^(١) ؛ لأن مناقضة قصد الشارع فيه
ظاهرة ، فالمحتال اتخذ ما خوله الحق أو الإباحة من سلطة ، وسيلة لتحقيق
غرض غير مشروع .

والاصل الذي بني عليه إبطال الحيل هو : أن الأحكام شرعت لمصالح
قصد الشارع تحقيقها ، والقول بجواز الحيل ينافي ذلك ؛ لأن التحيل سعى لهدم
هذه المصالح ، وفي هذا يقول الامام الشاطبي : « والاصل أن القصد غير الشرعي
هادم للقصد الشرعي » ^(٢) .

ومن هنا أبطل فريق من الفقهاء نكاح التحليل .
ولنبعث الآن في هذا النكاح ؛ لنرى وجه التعسف فيه .

نكاح التحليل

ذهب الحنابلة والمالكية الى إبطال نكاح التحليل . فقد جاء في المغني :
« إن نكاح المحلل حرام باطل في قوله عامة أهل العلم ، منهم الحسن ،
والنخعي ، وقتادة ، ومالك ، والليث والثوري ، وسواء قال زوجته الى أن تطأها ،
أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما ، أو أنه إذا أحلها للأول طلقها » ^(٣)
ثم أتى بالأدلة على ذلك .

ويقول صاحب المغني أيضاً : « فان شرط عليه التحليل قبل العقد ، ولم
يذكره في العقد ، ونواه في العقد ، أو نوى التحليل من غير شرط ، فالنكاح
باطل أيضاً » ^(٤) .

(١) وانما الخلاف بينهم فيما يتحقق فيه المناط ، وهو التذرع ، كما ذكره قبلاً -
راجع قاعدة الذرائع .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٨٦ .

(٣) المغني ج ٦ ص ٦٤٦ .

(٤) المرجع السابق .

ويتفق المالكية مع الحنابلة في حرمة هذا النكاح وبطلانه ؛ اذ جاء في كتب الفقه المالكي المعتبرة ، انه يفرق بينهما قبل الدخول وبعده ، ويعاقب المحلل ، والزوجة ، والشهود ، إن علموا ، ولا تحل الزوجة لمطلقها الاول^(١) . وفي مذهب الحنفية تفصيل :

فالامام أبو حنيفة يرى صحة زواج التحليل ، ولو تضمن العقد ما يدل على هذا الغرض ، أي شرط التحليل ، ذهاباً منه الى أن الشرط المقترون بعقد النكاح هو الذي يفسد ، ويبقى العقد صحيحاً ؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، والى هذا ذهب محمد ، غير أنه يرى أن الزوجة لا تحل بهذا النكاح لزوجها الاول ؛ معاملة له بنقيض قصده ؛ ولا يستعجاله أمراً قبل الأوان فيعاقب بالحرمان . أما الامام أبو يوسف فأفسد النكاح في هذه الحال ، وهو قول عند الشافعية . جاء في الهداية : « واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه » لقوله عليه الصلاة والسلام : « لعن الله المحلل والمحلل له »^(٢) وهذا هو محمله^(٣) .

منها المخبر في نظام التحليل عند الروم

ويذكر ابن رشد سبب الاختلاف ، وأنه في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له » فمن فهم من اللعن التأنيم فقط ، قال : النكاح صحيح ، ومن فهم من التأنيم فساد العقد ؛ تشبيهاً بالنهي الذي يدل على فساد

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٨ - المدونة ج ٢ ص ٢١١ منح الجليل ج ٢ ص ٥٧ و ٥٨ الزرقاني على الموطأ ج ٣ ص ١٣٧ .

(٢) عن ابن مسعود قال : « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له » رواه احمد والنسائي ، والترمذي ، وصححه .

وعن عتبة بن عامر قال : قال رسول الله (ص) : (الا أخبركم بالتيس المستعار ؛ قالوا بلى يا رسول الله ! قال : هو المحلل - لعن الله المحلل والمحلل له ، رواه ابن ماجه - نيل الاوطار - للشوكاني - ج ٦ ص ١٣٨ - ١٣٩ .

(٣) الهداية ج ٢ ص ٨ .

المنهى عنه ، قال : **النكاح فاسد** (١) .

على أنه قد يبدو أن أبا حنيفة متناقض مع الاصل الذي ذهب اليه ، من أن الباعث غير المشروع ، إذا أفصح عنه بعبارة في صيغته "تطل" ، وهنا قد قال بفساد الشرط دون العقد ، إلا أنه قد يقال ؛ دفعاً لهذا التناقض ، بأن العاقد في نكاح التحليل ، لم يقصد فيه محظوراً قصداً مباشراً ؛ لانه قصد حل الزوجة لمطلقها الأول ، وهذا أثر من آثار العقد ، ومن مقتضياته شرعاً ، وهو في ذاته غير محظور ؛ فلا يكون مجرد القصد اليه محظوراً ؛ ولكن الحظر جاء من ناحية ارادة الفرقة وعدم استدامة النكاح ، وهذا لم يقصد اليه مباشرة ، وقد يقدم فلا يفارق ، ولهذا كان مكروهاً ؛ لأنه لم يتمحض للحرام .

غير أن هذا في الحقيقة لا يدفع التناقض ؛ لأنه يمكن أن يقال في كل عقد اقترن بالباعث غير المشروع عبارة " ، أن العاقد قد يتغير قصده بين آونة واخرى ، فينبغي أن يصح كل عقد .

أما الشافعية فقد كانوا متسقين مع أصلهم (٢) .

وعندي ، أن ما ذهب اليه الحنابلة والمالكية هو الذي يتفق ومقاصد الشريعة وروحها ؛ لأن النكاح الذي اعتبر في الشرع شرطاً لتحليل المطلقة ثلاثاً الى زوجها الأول ، هو النكاح بمعناه الحقيقي لا الصوري ، وهو الذي يقصد به التناسل والمودة والدوام ، حتى إذا عرض لهذا النكاح ما أدى الى الفرقة ، تحقق الشرط للتحليل بهذا المعنى .

وبوضح ابن القيم صورية نكاح التحليل ، وأنه وسيلة لتحقيق مصلحة لم يشرع النكاح لاجلها ، حيث يقول :

« والله تعالى قد جعل كل واحد من الزوجين سكناً لصاحبه ، وجعل بينها مودة ورحمة ؛ ليحصل بذلك مقصود هذا العقد العظيم ، وتم بذلك المصلحة التي

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٨ ، وفساد النكاح مقصود به بطلانه .

(٢) راجع فكرة الباعث في الفقه الاسلامي وصلته بنظرية التعسف .

شرع لاجلها العزيز الحكيم ، فسئل هذا التيسر المستعار ، هل له من ذلك نصيب ، أو هو من حكمة هذا العقد ومقصوده ومصلحته أجنبي غريب؟^(١) .
ومؤدّى هذا الكلام ، أن نكاح التحليل انحراف بالحق عن غايته .
ويبين ابن تيمية وجه مناقضة قصد المحلل لقصد الشارع ، وأن المناقضة هي
علة الإبطال ؛ اذ يقول :

« وبهذا يظهر أن نكاح التحليل إنما بطل ؛ لأن الناكح قصد ما يناقض
قصد النكاح ؛ لأنه قصد أن يكون نكاحه لها وسيلة الى ردها الى الاول ، والشيء
اذا فعل لغيره كان المقصود بالحقيقة هو ذلك الغير ، لا إياه ؛ فيكون المقصود
بنكاحها أن تكون منكوحة للغير ، لا أن تكون منكوحة له ؛ اذ الجمع بينهما
متناف ، وهو لم يقصد أن تكون منكوحة له بحال ؛ حتى يقال قصد أن تكون
منكوحة له في وقت آخر ؛ اذ لو كان كذلك ، لكان يشبه قصد المتعة من غير
شرط ؛ ولهذا ، لو فعله فقد قيل هو كقصد التحليل ، وهو المشهور عندنا كما
تقدم ، وقيل ليس كذلك ، واذا لم يكن كذلك ، لم يصح إلحاقه بمن لم يقصد
ما ينافي في النكاح في الحال ولا في المآل بوجه ، مع كونه قد أتى بالقول المتضمن
في الشرع لقصد النكاح »^(٢) .

ويقول في موضع آخر :

« وقصد المحلل في الحقيقة ليس بقصد الشارع ، فإنه إنما قصد الرد الى الاول ،
وهذا لم يقصده الشارع ، فقد قصد ما لم يقصده الشارع ، ولم يقصد ما قصده ،
فيجب إبطال قصده بإبطال وسيلته »^(٣) .

ويؤصل ابن تيمية في التصرفات أصلاً عاماً ؛ حتى تبرأ من التعسف المحرم ؛ اذ

(١) اعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٥ واغائة اللباف ص ٢٧٩ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٤٩ .

(٣) المرجع السابق ص ٥٧ .

يقول : « ولا بد في صحة التصرف من رضى المتصرف وموافقة الشرع »^(١) أي أن صورة التصرف من الإيجاب والقبول ، وصدورهما من أهلها مضافين الى محلها ، لا يجزىء في صحته ؛ بل لابد أن يكون الباعث متفقاً مع قصد الشرع فيما شرع له ذلك التصرف من غرض ، أي ان يكون التصرف موافقاً للشرع ظاهراً وباطناً^(٢) .

وهذا ما قرره الامام الشاطبي في غير موضع ، اذ يقول : « لما ثبت ان الاحكام شرعت لمصالح العباد ، كانت الاعمال معتبرة بذلك ؛ لأن مقصود الشارع فيها كما تبين ، فاذا كان الامر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية ، فلا إشكال ، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة ، فالفعل غير صحيح وغير مشروع ؛ لأن الاعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها ، وإنما قصد بها امور أخرى هي معانيها ، وهي المصالح التي شرعت لأجلها ، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات^(٣) » .

على أن تحريم نكاح التحليل وإبطاله على ما هو الراجع ، يعتبر دليلاً على أن استعمال الحق يجب أن يكون في الغرض الذي شرع لأجله ، ولو لم يقترب عليه ضررٌ بأحد ، وإبطاله انما جاء من جهة أنه مخالف للحكمة الغائية التي قودت له ، وهي - كما ترى - الغرض الاجتماعي الذي تقرر لأجله عقد الزواج ، فالتعسف حقيقته المناقضة ، سواء ترتب عليها ضرر بالغير ام لا .

واختلاصة : ان الشريعة لا تجيز اتخاذ الحق وسيلة لتحقيق أغراض غير مشروعة لم يتقرر ذلك الحق من أجلها ؛ لانه تعسف .

(١) المرجع السابق س .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٨٥ .

(٣) راجع تفصيل هذا الموضوع في فكرة الباعث في الفقه الاسلامي ، وصلته بنظرية التعسف .

المعيار الثاني :

الاختلال البين في توازن المصالح - او انعدام التناسب .
لقد وسّعت الشريعة الاسلامية من نطاق معايير نظرية التعسف الى حد لم يعرف له نظير في التشريعات الاخرى ، قديمها وحديثها ؛ فلم تقتصر على المعيار الذاتي : من تمخص قصد^(١) الاضرار ، او مظنة هذا القصد ، باستعمال الحق دون منفعة تعود على صاحبه ، وتلتحق بغيره في الوقت نفسه - اضراراً راجحة^(٢) او بالتصرف في حقه على وجه يمنع النفع عن نفسه وعن غيره^(٣) ، كما في قضية محمد بن سلمة ، او الانطلاق في التصرف بائناً تحت تأثير بائع غير مشروع ؛ لتحقيق اغراض غير مشروعة ، مما يعد احتيالا على الغاية التي قررها الشرع للحق^(٤) .

أقول : لم تقتصر الشريعة الاسلامية على هذا المعيار ، وهو انتفاء المصلحة المشروعة للحق ، بل اقرت - الى ذلك - معيار التوازن او التناسب بين المصالح المتعارضة الذي يقتضيه مبدأ العدل المطلق في الفقه الاسلامي^(٥) .
فاستعمال الحق على وجه يخل بهذا التوازن ، بأن يجعل التفاوت بين المصلحة التي يبتغيها صاحب الحق ، والمفسدة التي تترتب على ذلك شاسعاً ، يصبح غير مشروع ، سواء أكانت المفسدة اللازمة عن ذلك لاحقة بالفرد أم بالجماعة .

(١) راجع ادلة النظرية من الكتاب الكريم ، وتفصيل القول في تمحيز قصد الاضرار في استعمال حق الايضاء ، وحق الرجعة ، وحق الرضاع .

(٢) راجع التطبيقات التي ذكرناها من مختلف المذاهب في المعيار الاول .

(٣) راجع قضاء عمر في قضية محمد بن مسلمة في ادلة النظرية من فقه الصحابة .

(٤) راجع التعسف في استعمال السلطة ص ١٠٣ وما بعدها - فكرة البائع في الفقه الاسلامي - وقاعدة الحيل المتفرعة عن مبدأ النظر في المآلات ص ٤٠٣ وما بعدها .

(٥) راجع مبدأ العدل المطلق في الفقه الاسلامي ، وصلته بنظرية التعسف

وينطوي هذا المعيار على الضوابط الآتية :
أولاً - الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين ، بحيث لا يكون ثمة تناسب بينها إطلاقاً .

ثانياً - الضرر الفاحش اللاحق بالجار من جراء استعمال المالك لعقاره .
ثالثاً - الضرر العام اللاحق بالمجتمع الاسلامي ، او بقطر من أقطاره ، أو بأهل بلد من ذلك القطر ، أو بأهل حي من ذلك البلد ، أو بجماعة عظيمة منهم ، من جراء استعمال الحق الفردي .

وهذه الضوابط الثلاثة ، يجمعها معيار اختلال التوازن البين بين المصالح المتعارضة .

وقد ذكرنا ، أن هذا المعيار موضوعي مادي ، ينظر الى ثمة الأفعال ونتائجها في حد ذاتها ، وبدننا أنه مشتق من أصل مستقر في أصول الفقه الاسلامي ، وهو النظر في مآلات الأفعال الذي تفرع عنه مبدأ سد الذرائع ، والاستحصان ، والاستصلاح^(١) ، ومراعاة الخلاف ، كما تأيد بالقواعد الفقهية المحكمة^(٢) .

هذا ، وقد أقمنا الدليل - في بحث تأصيل التعسف - على أن دور النظرية في هذا المعيار يبدأ من مجرد التسبب ، وأن المسؤولية التي تترتب على ذلك مسئولية مطلقة غير مشروطة « بالتعدي » بالفقه الاسلامي الذي يقرب من فكرة « الخطأ » المولّد للمسئولية التقصيرية في الفقه القانوني .

وهذا الاصل هو الذي ينادي به فقهاء القانون المدني والدولي^(٣) على السواء في العصر الحاضر ؛ لمواجهة نتائج النشاط الصناعي والذري ، وهذا دليل بين على مرونة هذه المعايير التي تستجيب لمقتضيات كل عصر في ميادينه الاجتماعية

(١) راجع الاصول الفقهية التي تؤيد نظرية التعسف في استعمال الحق من ٤٠٣ وما بعدها .

(٢) راجع القواعد الفقهية التي تثبت النظرية عن ٤٠٣ وما بعدها .

(٣) المسؤولية الدولية - للدكتور محمد حافظ غانم ص ٩٨ .

والاقتصادية والسياسية والحربية . ولنتناول هذه المعايير بالشرح ، ونورد بعضاً من التطبيقات عليها .

أولاً - انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بغيره من الأفراد؛ ففي هذا المعيار لا يتمحض قصد صاحب الحق للاضرار ؛ بل قد يدعي أن له مصلحة مشروعة؛ ولكن من مقتضى العدالة أن يسأل الغير صاحب الحق؛ تبريراً لهذا الضرر الذي يتوقع أن يصيبه، أو يكون قد أصابه بالفعل، من جراء استعماله لحقه؛ حتى إذا وجد أن تلك المصلحة العائدة لذي الحق من التفاهة أو الضالة بحيث لا يستقيم في ميزان العدل أن يتحمل الغير تلك الأضرار من أجلها، اضحت غير مشروعة؛ وبالتالي لا يباح التسبب أو استعمال الحق من أجل تحقيقها، بالنظر لهذا التفاوت بين المصلحة المتوخاة والمفسدة اللازمة عنها ، وإذا كان قد تسبب في إيجادها فعلاً ، فإن مسئوليته تثور بالنسبة الى هذه الاضرار .

وهذا التوازن قد حرص المشرع الاسلامي على إقامته ، وجعل ضابط المشروعات^(١) غلبة المصلحة على المفسدة، فلاختلال البين الذي ترجح فيه المفسدة رجحاناً كبيراً يتناقض وهذا الضابط المعهود في الشرع ، ومن ثم يكون علة في تحقق التعسف، أو مناقضة الشارع .

على أن هذا المعيار - وإن كان موضوعياً بحسب الاصل - إلا أن تفاهة المصلحة بالنسبة للضرر الذي يصيب الغير، قد تتخذ قرينة على قصد الاضرار كما قلنا . ومن تطبيقات ذلك :

أ - ما جاءت به السنة من قضاء رسول الله ﷺ على سمرة بن جندب بقلع نخله ؛ دفعاً للضرر الأشد بالأخف ، وهذا لا يمنع من التعويض بأخذ القيمة .

وفي هذا يقول ابن قيم الجوزية :

« وان كان عليه - على صاحب الشجرة - في ذلك ضرر يسير ، فضرر

(١) راجع الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٥٠ وما بعدها في تقريره هذا الضابط ، وأنه ثابت بالاستقراء ، وما أتى به من أمثلة على ذلك .

صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم ؛ فان الشارع يدفع أعظم الضررين بإيسرها ؛ فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة وان أباه من أباه (١) .

ب - في قسمة المالك : لو كان له عشر دار لا يصلح للسكنى ، والباقي للآخر ، وطلب صاحب الأكثر القسمة ، أجيب في الأصح ، وان كان فيه ضرر شريكه (٢) .

ج - لو غصب ساحة فادخلها في بنائه ، انقطع حق المالك - كما يقول الكرخي - اذا كانت قيمة البناء أكثر ، ويضمن الغاصب قيمتها ؛ دفعا لأشد الضررين بارتكاب أخفهما (٣) .

و جاء في المدونة : لو أن رجلاً غصب أرضاً ، فغرس فيها شجراً ، فاستحقها ربها ؛ فانه يقال للغاصب اقلع شجرك ، إلا أن يشاء رب الأرض أن يأخذها بقيمتها مقلوعة (٤) ، فحق رب الأرض مقدم ؛ لان ضرره أشد ؛ فيدفع بالاخف .

د - وجاء في جامع الفصولين :

« انقضت المدة ، والزرع بقل ؛ فعلى المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض الى الحصاد ؛ لأن في قلع الزرع - وهو بقل - ضرراً أشد من إبقائه بعد انتهاء مدة العقد الى الحصاد بأجر المثل ؛ فيصار الى هذا الأخير ؛ توفيقاً بين الحقين ؛ ودفعا

(١) الطرق الحكمية - لابن قيم الجوزية ص ٣١٠ - وراجع ادلة النظرية من السنة ص ٣٠٢ وما بعدها - وراجع ص ٢١٠ من هذا الكتاب .

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٥ .

(٣) مجمع الضمانات - ص ١٣٥ جامع الفصولين ج ٢ ص ١٣٥ . غزعيون البصائر للحموي على الاشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٢٢ . والاشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٥ وما بعدها .

(٤) المقدمات لابن رشد ج ٤ ص ١٩٠ - راجع القاعدة الخامسة من القواعد الفقهية التي ثبتت نظرية التعسف ، وما ورد فيها من فروع تطبيقية .

للضرر الأشد بالاخف^(١) .

ثانياً - يمنع صاحب الحق من استعمال حقه اذا تخيّر وجهاً للاستعمال
اضر من غيره ، ولو كانت له مصلحة مشروعة غير قافية :

هذا ، وينبغي أن يلاحظ ، أن تخير صاحب الحق من بين أوجه استعمال
حقه - لتحقيق مصلحة مشروعة له - الوجه الذي يستضر منه غيره ، في حين أن
له ندحة عن ذلك الوجه الى آخر يحقق له ما يريد ، ولا يستضر منه الغير ، تعسف ؛
فيمنع من استعمال حقه على الوجه الضار ، ولو كانت له مصلحة مشروعة غير
ضئيلة وقافية ؛ ذلك ، لان توخيه لذلك الوجه الضار قرينة على قصده الاضرار ،
ولا يشفع له كونه قاصداً مصلحة جدية ومشروعة .

يقول الامام الشاطبي في ذلك : « إما ان يكون اذا رفع ذلك العمل ، وانتقل
الى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة ، او درء تلك المفسدة حصل له ما أراد ،
أو لا ؟ فان كان كذلك ؛ فلا إشكال في منعه منه ؛ لأنه لم يقصد ذلك الوجه
إلا لأجل الاضرار ، فلينقل عنه ولا ضرر عليه ، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم
يقصد غير الاضرار »^(٢) .

ويقول صاحب البهجة شرح التحفة في هذا الصدد ايضاً ، فيمن أراد أن يحفر
بئراً في ملكه ، ويضر بجدار جاره « وأما إن وجد عنه مندوحة ، ولم يتضرر
بتروك حفره ، فلا يمكن من حفره ؛ لتمحض قصد إضراره بجاره »^(٣) .

يرؤخذ من هذا ، أن الفعل الذي يتخذ وسيلة لاستعمال الحق ، ينبغي أن يكون
لازماً وملائماً ؛ حتى إذا لم يكن كذلك ، بأن كان ثمة ندحة عنه ، كان تعسفياً
إذا ألحق بالغير مضره .

(١) جامع الفصولين ص ٢١٨ .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٤٩ .

(٣) البهجة شرح التحفة للتسولي ج ٢ ص ٣٣٦ .

المعيار الثاني الموضوعي :

الضرر الفاحش :

هذا المعيار قرره الفقه الاسلامي ؛ لتنسيق المصالح الفئوية المتعارضة ، لاسيما في العلاقات الجوارية ولاسك أن في تنظيمها وتنسيقها ؛ رعاية للصالح العام . وقد رأينا المذهب المالكي والحنبلي ، ورأي فقهاء الحنفية المتأخرين الذي استقر في المذهب الحنفي^(١) ، أن حق المالك مقيد في التصرف بملكه قضاء بما يمنع الاضرار الفاحشة عن جاره ، وهي المضار غير المألوفة .

اما الضرر المألوف ، فلا بد من تحمله والتسامح فيه ؛ إذ لو قيل بمنعه ، لأدنى ذلك الى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافة ، وذلك يخالف النصوص الواردة في ولاية التصرف في الملك ، كما أنه مخالف للاجماع والمعقول ؛ لعدم استقامة امكانية استعمال حق الملكية باطلاق .

على أن حق الملكية مقيد^(٢) ديانة بما يمنع الاضرار عن الغير بالاجماع^(٣) ؛ وللتصوص الواردة في تحريم ايقاع الضرر أو القصد اليه .

ولا شك أن تصرف المالك على نحو يلحق بجاره أضراراً فاحشة يخل بالتوازن بين المصالح الفردية ، ومآل ذلك ، الاخلال بالمصلحة العامة لحساب الصالح الفردي ، وذلك انحراف بالحق عن غايته ؛ اذ لم يشرع لذلك ، والانحراف تعسف . وتأسيساً على هذا ، يمكن القول بان نظرية التعسف ترتبط أساساً بالنتائج .

(١) راجع علاقات الجوار ص ٨٠٣ وما بعدها وراجع اصول التكامل الاجتماعي واثره في تقسيد الحق الفردي ص ٢٢٤ وما بعدها وراجع آراء الأئمة في مدى استعمال حق الملكية بالاستناد الى حديث « لا ضرر ولا ضرار » ص وما بعدها .

(٢) الاحياء للغزالي ج ٢ ص ٢١١ .

(٣) راجع ص ٣٨٠ و ص ٢٢٤ في هذا العدد .

المرتبة على استعمال الحق لا بمضمونه ، اي بالسلطات . الممنوحة لصاحب الحق ؛ لان المفروض ان المالك يتصرف ضمن حدود هذه السلطات لم يجاوزها ، او بعبارة اخرى ، ان نظرية التعسف تتعلق بغاية الحق ، فالحق لم يشرع ليكون وسيلة تفرض على الناس أضراراً فاحشة ، أو تلحق بالجماعة ضرراً عاماً ؛ لان ذلك - كما بينا - لا يتفق وروح الشريعة وغاياتها الأساسية : من حفظ حق الفرد وحق الغير معاً ، وهذه الغاية إذا ما أخل بها ، كان ذلك في الواقع إخلالاً بروح الشريعة وغاية الحق فيها ؛ إذ ليست غاية الحق فردية خالصة حتى يطلق لصاحبه . التصرف فيه ، بقطع النظر عما يفرض اليه ذلك من نتائج تخل بالتوازن ، أو تقضي على الازدواجية المتوازنة في الحق الفردي ، او بعبارة اخرى ، ليست المصلحة الفردية المشروعة هي الغاية الوحيدة للفقه الاسلامي ، حتى اذا ابتغى الفرد تحقيقها ، برّر بها ما يترتب على توخيها من نتائج ، وإنما تبقى المصلحة او المنفعة الشخصية مشروعة إذا وافقت الشرع ومقاصده ومبادئه العامة .

وبذلك تكون غاية الحق في الشرع غاية اجتماعية ، أي منظوراً فيها حق الغير ، وهذا ما نعينه بالغاية المزدوجة للحق .

فنظرية التعسف في الفقه الاسلامي اذن لا يتقيد الحق فيها لمجرد كبح جماح صاحبه عن الانطلاق في تحقيق اغراض غير مشروعة ؛ بل وتكبح جماحه أيضاً عن الانطلاق في تحقيق اغراض مشروعة في ذاتها ، اذا كانت تلك الاغراض من التفاهة والضالة بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يلزم عنها من اضرار فاحشة بالغير ، وليس من المنطق التشريعي ولا من العدل تبريرها بها .

يرشدنا الى هذا ، القواعد الفقهية التي استقرت في الفقه الاسلامي نتيجة لاستقرار الاحكام التفصيلية في موضوعاتها ، او النصوص التشريعية الواردة بها ، أضف الى هذا ، انه قد استقر تقييد حق الملكية في العقار في معظم المذاهب الفقهية^(١) ،

(١) راجع في هذا الكتاب ما يأتي :

مدى استعمال حق الملكية عند أئمة المذاهب بالاستناد الى حديث « لا ضرر ولا ضرار » .

استناداً الى نصوص الكتاب^(١) والسنة^(٢) في رعاية حق الجار^(٣)، ومبدأ المصلحة بما يمنع الاضرار الفاحشة .

والعقار أعم من أن يكون داراً للسكنى ، أو ارضاً جبلية أو زراعية ، أو حائطاً يملوكاً لأحد الجارين ، أو غير ذلك من العقارات .

والضرر الفاحش أعم من أن يكون مادياً ، كالدخان الكثيف ، والأصوات المقلقة للراحة ، وتلويث مياه البئر بالنجاسات أو القاذورات ، والروائح الكريهة الضارة بالصحة ، ومنع الشمس والهواء والنور ، وغير ذلك من الاضرار المادية التي تعطل الانتفاع بالمنافع المقصودة من العقار^(٤) . أو تسبب وهنه أو انهدامه .

أو معنوياً — كالإشراف على مقر النساء في الدار المجاورة .
ونعرض الآن للمذاهب الفقهية ؛ لنرى مدى أخذها بهذا المعيار في العلاقات الجوارية .

١ — المذهب المالكي :

جاء في المدونة : « قلت : وكذلك لو كانت بئري في وسط داري ؛ فحفر جاري في وسط داره بئراً يضر ببئري ، منع من ذلك ؟ قال : نعم ! ووسط الدار

(١) وبوالدين احساناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب / النساء / ٣٦ .

(٢) راجع صحيح مسلم ج ١ ص ٩ ؛ الاحاديث التي وردت في رعاية حق الجار ، جمعها المنذري في الترغيب والترهيب ج ٣ ص ٢٥٣ - ٢٥٤ واحياء علوم الدين ج ٢ ص ١٨٩ .

(٣) اثر مبدأ النضامن في تقيد الحق الفردي - وظيفة الحق الاجتماعية ص ٢١٦ وما بعدها .

(٤) سيأتي بيان المضابط للضرر الفاحش .

وغير وسطها سواء ، يمنع جاره من أن يحدث في داره بثراً يضرب بئر جاره عند مالك ،^(١) .

وجاء فيها أيضاً : « قلت : فلو أن رجلاً بنى قصراً إلى جانب داري رفعها عليّ ، وفتح فيها أبواباً وكوى يشرف منها على عيالي أو على داري ، أكون لي أن امنعه من ذلك في قول مالك ؟ قال نعم ! يمنع من ذلك »^(٢) .
وجاء فيها أيضاً^(٣) :

« قلت أرايت أن كان فيها عريضة إلى جانب دور قوم ، فاردت أن احدث في تلك العريضة حماماً ، أو غرناء ، أو موضعاً لرعاة ، فأبى عليّ الجيران ذلك ، أكون لهم أن يمنعوني في قول مالك ؟ »

قال : إن كان ما يحدث ضرراً على الجيران ، من الدخان وما أشبهه ، فلهم أن يمنعوك من ذلك ؛ لأن مالكاً قال : يمنع من ضرر جاره ، فإذا كان هذا ضرراً يمنع من ذلك . قلت : وكذلك إن كان حداداً ، فاتخذ فيها كيراً ، أو اتخذ فيها أنفاقاً يسيل فيها الذهب والفضة ، أو اتخذت فيها أرحية تضر بجدران الجيران ، أو حفر فيها آباراً ، واتخذ فيها كنيفاً قرب جدران جيرانه ، منعه من ذلك ؟ .

قال : نعم ، وكذلك قال مالك في غير واحد من هذا في الدخان وغيره .

في رفع البناء إذا حجب النور والشمس والهواء

« إذا رفع بنيانه بحيث منع الضوء والريح عن جاره ، ولو كان له في ذلك غرض صحيح ، ففي المذهب قولان : بالمنع وعدمه . »

(١) المدونة ج ١٥ ص ١٩٧ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) ج ١٤ ص ٢٣٥ .

« اما إذا لم يكن له في ذلك منفعة ؛ فإنه يمنع قولاً واحداً »^(١)

ويقول صاحب البهجة في تعليل ذلك :

« اذ لا ضرر اكثر من أن يمنع الانسان جاره الضوء والرياح من غير نفع يعود عليه في ذلك » ؛ اي ان مثل هذا التصرف يعتبر من اعلی مراتب التعسف . ولو منع ببنائه الرياح والشمس عن « الأندر »^(٢) فإنه يمنع ، لان منفعته تبطل كلها .

وعندي ، أن هذا التعليل يفيد أن كل ضرر تبطل به المنفعة المقصودة من العقار ، يمنع ، سواء أ كان أندراً أو داراً للسكنى ؛ نعم ، جاء في المدونة قولاً ظاهره^(٣) أن المالك اذا رفع بنيانه لغرض صحيح لا يمنع ، ولو أضر بغيره ، بمنع الرياح والشمس عن داره ؛ ذهاباً من المالكية الى ان هذا لا يعطل المنافع المقصودة من الدار ؛ اذ يمكن فتح كوة سماوية في السقف ؛ لكن هذا التعليل يشعر بأن نظام البيوت والدور في ذلك العصر ، كان يسمح بذلك ، بخلاف نظامها في ايامنا هذه ؛ ولذا قلت إن معيار الضرر الذي يقيد استعمال الحق هو ان يبلغ حداً يُبطل المنافع المقصودة من الدار ، كما اشار الى ذلك تعليلهم في التفرقة بين الدار والاندرا^(٤) .

ويقول ابن جزىء : « ومنه - اي من الضرر الذي يمنع - ان يبني شيئاً يمنع الرياح به ، فالمشهور منعه »^(٥) .

(١) البهجة شرح التحفة ج ٢ ص ٣٤٣ وما بعدها .

(٢) الاندر بيدر القمح .

(٣) وجاء في القوانين الفقهية ان هذا النوع من الضرر يختلف فيه على قولين .

ص ٣٢٧ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) القوانين الفقهية لابن جزىء ص ٣٢٧ - المرجع السابق - غير أنه يجعل الضرر المتفق على ازالته فتتح كوة - وانشاء فرن او حمام ، وصرف الماء على دار الجار ، او على سقفه ، او يجري في داره ماء يفيض بميطان جاره ، واما رفع البنيان الذي يمنع الهواء والضوء فختلف فيه ، وقد بينت الوجه في ذلك .

ويقول أيضاً « من أحدث ضرراً امر بقطعه ^(١) » .
والخلاصة : ان كل ما يحدث ضرراً محقق الوقوع ^(٢) يعطل المنافع المقصودة
من عقار الجار، يمنع في المذهب المالكي، هذا فضلاً عن الضرر الادبي او المعنوي،
من فتح الكوى او ما أشبهه للاشراف على مقر النساء ^(٣) .

في المذهب الحنبلي :

يقيد المذهب الحنبلي المالك في التصرف بملكه بما يمنع الضرر الفاحش عن جاره؛
فقد جاء في المعنى ^(٤) : « وليس للجار التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره ،
نحو ان يبنى فيه حماماً بين الدور ، او يفتح خبازاً بين العطارين ، او يجعله دكان
قسارة يهز الحيطان ويخربها ، او يحفر بئراً الى جانب بئر جاره يجتذب ماءها ،
وبهذا قال بعض اصحاب ابي حنيفة . »

وفي كشف القناع ^(٥) : « ان المالك يمنع من احدث ما يضر بجاره ، من
حفر كنيف بجانب حائط جاره ، او بناء حمام ، او نصب تنور يتأذى جاره
باستدامة دخانه » الى آخر ما هو مبعث للاضرار البيئة ؛ اذ يقول :

(٢٠١) قلنا : « الضرر المحقق » احترازاً عن الضرر البعيد الاحتمال ، والمحقق
شامل للواقع فعلاً في الحال ، او المتوقع حصوله في المستقبل باحتمال راجح .

(٣) البهجة شرح التحفة للتسولي ج ٢ ص ٣٣٥ وما بعدها ، التبصرة لابن فرحون
ج ٢ ص ٢٢٥ المنتقى على الموطأ ج ٦ ص ٤١ المدونة ج ١٥ ص ١٩٧ - للذوينة
ج ١٤ ص ٢٣٥ - القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٢٧ - معين الحكم ص ١٩٨ -
رحمة الامة ص ١٥٦ - جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ .

هذا ومن باب اولى اذا سبب وهن العقار او انهدامه .

(٤) ج ٤ ص ١٥٨ ، وراجع بحث مدى استعمال حق الملكية بالاستناد الى حديث
« لا ضرر ولا ضرار » في رأي أئمة المذاهب في هذا الكتاب - وجامع العلوم
والحكم ص ٢٦٧ .

(٥) ج ٣ ص ٣٣٩ - ٣٤٠ .

« ومجرم على الجار احدثه في ملكه ما يضر بجاره ؛ الخبر « لا ضرر ولا ضرار » احتج به الامام احمد ، وينع الجار منه ، أي من احدثات ما يضر بجاره اذا اراد فعله لما تقدم ، كما يمنع من ابتداء احيائه ما يضر بجاره . وأمثلة احدث ما يضر بالجار كحفر كنيف الى جنب حائط جاره يضره ، وبناء حمام يتأذى بذلك ، ونصب تنور يتأذى جاره باستدامة دخانه ، وعمل دكان قصارة او حدادة يتأذى بكثرة دقه ، ويتأذى بهز الحيطان من ذلك ، ونصب رحي يتأذى بها جاره ، وحفر بئر ينقطع بها ماء بئر جاره ، وسقي واشعال نار يتعديان اليه ؛ أي الى الجار ، ونحو ذلك من كل مايؤذيه ، ويضمن من احدث بملكه ما يضر بجاره ما تلف به أي بسبب الاحداث ؛ لتعديده ، بخلاف طبخه ، أي الجار ، وخبزه فيه ، أي في ملكه على العادة ، فلا يمنع من ذلك ، لأن الضرر لا يزال بالضرر .

ويقول ايضاً :

« وان حفر انسان بئراً في ملكه ، فانقطع ماء بئر جاره ، أمر حافر البئر بسدها ؛ ليعود ماء البئر الاول ؛ لأن الظاهر ان انقطاعه بسببها » (٣) . وجاء فيه ايضاً (١) :

« وان كان سطح احدهما أعلى من سطح الآخر ، فليس لصاحب الأعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره ، الا ان يبني سترة لستره ، وقال الامام الشافعي : لا يلزمه عمل « سترة » ؛ لأن هذا حاجز بين ملكيهما ، فلا يجبر احدهما كالأسفل » .

ولنا ؛ - أي ما للحنابلة من دليل - انه اضرار بجاره ؛ فمنع منه ، كدق بهز الحيطان ، وذلك ؛ لأنه يكشف جاره ويطلع على حرمه ، فأشبه ما لو اطلع عليه من صر بابيه او خصائصه ، وقد دل على المنع من ذلك قول النبي

(ص) : « لو ان رجلا اطلع اليك فحذفته بحصاة ، ففقأت عينه ، لم يكن عليك جناح » ، ويفارق الاسفل ، فان تصرفه لا يضر بالأعلى ، ولا يكشف داره » (١) .

وإخلاصة : ان المذهب الحنبلي يقيد حق المالك في التصرف بملكه بما يمنع الاضرار الفاحشة عن جاره ؛ بل ويجبر المالك على أن يخلي سبيل الجار للارتفاق بملك الاول ، اذا لم يعد عليه ضرر (٢) .

في المذهب الحنفي (٣) :

ذهب متقدمو الحنفية الى ان للمالك ان يتصرف في حقه ، وان تضر بذلك الغير ، وهو القياس .

ولكن المتأخرين منهم ، واصحاب الفتاوى ، تركوا القياس ، وقيدوا حق المالك بما يمنع اضراره بغيره ضرراً فاحشاً ؛ استحساناً ، وذكر الزبلي ان الاستحسان سنده المصلحة .

والواقع ، ان المتأخرين نظروا الى مآل هذا التصرف وثمرته ، فوجدوه يتنافى ومقصد الشارع ؛ اذ ليس من مقتضى العدالة ، ولا مما يتفق مع اصل الشريعة ، ان تتخذ الحقوق وسائل لفرض اضرار فاحشة على الغير ؛ فالاستعمال الذي يفضي الى هذه النتيجة الظالمة تعسفي ؛ لانه يناقض مقصد الشارع من حيث الثمرة والمآل .

جاء في البدائع : « حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره ، وليس لأحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ، ولا لأحد ولاية المنع عنه وان كان

(١) المرجع السابق ، جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ .

(٢) ج ٤ ص ٥١٩ .

(٣) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ - وراجع ص ٢٨٣ وما بعدها من الرسالة .

(٤) يراجع مبدأ مؤيدات مبدأ العدل والمصلحة لنظرية التعسف من ص ٦٥ - ٦٨

من الرسالة .

يتضرر به ، إلا اذا تعلق به حق الغير ، فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق .

ويقول أيضاً :

« للمالك ان يتصرف في ملكه أي تصرف شاء ، سواء أكان تصرفاً يتعدى ضرره الى غيره ، او لا يتعدى ؛ فله ان يبني في ملكه مرحاضاً او حماماً أو تتورا ، وله ان يقعد في بنائه حداداً او قصاراً ، وله ان يحفر في ملكه بئراً او بالوعة او ديماساً ، وان كان يبن من ذلك البناء ويتأذى به جاره ، وليس لجاره ان يمنعه ... ولو فعل ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن ؛ لأنه لا صنع منه في ملك الغير ^(١) » .

هذا هو القياس ، ووجهة نظرهم ان في منع المالك من التصرف بملكه مراعاة لحق غيره ضرراً ينزل به دون مبرر ، ولا يدفع الضرر عن غير المالك بضرر المالك ؛ لأن في ذلك نقضاً لأصل الملكية ؛ اذ الملكية تعني حرية التصرف ، فتقيدها نقض لها .

وعلى هذا لا يمنع المالك - في اصل المذهب الحنفي - من التصرف بملكه ، إلا اذا تعلق به حق عيني ^(٢) .

ولما كان الاخذ بقاعدة الاطلاق هذه ، او بما يقتضيه القياس ، قد يؤدي الى اضرار فاحشة بالغير ، وذلك بما لا يتفق وروح الشريعة والعدل ، أجاز المتأخرون منهم تقييد التصرف بما يمنع الضرر البين او الظاهر عن الغير استحساناً ولأجل المصلحة ، ولا يراد بالمصلحة هنا الاداء المفسدة الناجمة عن التصرف في الحق او التعسف فيه ، ولا عبرة باختلاف الالفاظ ؛ بل العبرة بالحقائق والمعاني .
ويقرر الزيلعي هذا المعنى ؛ اذ يقول :

(١) البدائع للكاساني ج ٦ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤ .

(٢) وراجع مدى استعمال حق الملكية في رأي الامة ، بالاستناد الى حيث « لا ضرر ولا ضرار » .

« ان للانسان ان يتصرف في ملكه ماشاء من التصرفات ، مالم يضر بغيره ضرراً ظاهراً؛^(١) فيجوز له أن يتخذ في داره حماماً ؛ لان ذلك لا يضر بالجيران ، وما فيه من الندائة يمكن التحرز عنه ، بأن يبنى بينه وبين جاره حائطاً .
« وعن أبي يوسف رحمه الله ، أن الجيران اذا تأذوا من دخانه ، فلمهم منعه ، الا أن يكون دخان الحمام مثل دخانهم . »

« ولو اتخذ في داره حظيرة غنم ، والجيران يتأذون من نتن السرقين ، ليس لهم في الحكم منعه . ولو حفر في داره بئراً فذرت منها جائط جاره ، لم يكن له منعه ، وقيل إن كان يعلم ذلك يقيناً فله منعه ، وهو خلاف قول أصحابنا .
« ولو أراد بناء تتور في داره للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين ، أو رحا للطحن ، أو مدقات للقصارين لم يجر ؛ لأن ذلك يضر بالجيران ضرراً ظاهراً لا يمكن التحرز عنه ، والقياس أنه يجوز ؛ لأنه تصرف في ملكه ، وترك ذلك استيحساناً لأجل المصلحة^(٢) » والفتوى على هذا الرأي الذي قال به متأخرو الحنفية .

وبهذا الرأي أخذت مجلة الأحكام العدلية أيضاً^(٣) .

تحديد الضرر الفاحش :

حددت مجلة الأحكام العدلية^(٤) الضرر الفاحش بأنه : كل ما يمنع الحوائج الأصلية ، يعني المنفعة المقصودة من العقار ، أو يجلب له : « وهما يكون سبب إهدامه » .

(١) المراد بالظاهر الفاحش .

(٢) تبين الحقائق للزليعي ج ٤ ص ١٩٦ - فتح القدير ج ٦ ص ٤١٤ - للرخسي

ج ٢٧ ص ٢٢ - الفتاوى المهدية ج ٥ ص ٤٧٢ .

(٣) المادتان (١١٩٧ و ١١٩٨) وراجع مرشد الجيران مادة ٥٧ .

(٤) انظر للادة (١١٩٩) من المجلة - الفتاوى المهدية ج ٥ ص ٤٧٢ .

وقد جاءت المادة (١٢٠٠) وما يليها بأمثلة للضرر الفاحش ، فمن ذلك :

- ١ - اتخاذ دكان حداد او طاحون باتصال دار .
 - ٢ - احداث فرن او معصرة لا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها ؛ لتأذيه من الدخان ورائحة المعصرة .
 - ٣ - حجب الضوء بالكلية .
 - ٤ - إحداث المرحاض بحيث تتسرب مياهه الى بئر معدة للشرب^(١) .
- وهذه الاضرار - كما يرى من الامثلة - مادية ، فكان معيار الضرر الفاحش موضوعياً مادياً ، ولكنه - مع ذلك - مرن ، يتوقف تطبيقه على معرفة طبيعة العقار ، وموقعه ، والمنزلة الاجتماعية للسكان ، وما الى ذلك من الاعتبارات ، وهي خاضعة لتقدير القضاء ؛ لأن ما يكون ضرراً فاحشاً في حيٍ معدي للسكن الراقي ، قد لا يكون كذلك بالنسبة لحي صناعي مثلاً وهكذا .

الضرر الفاحش المعنوي :

على أن الشريعة قد اعتبرت الاضرار المعنوية ، من مثل الإشراف على مقر النساء من صحن الدار وبئرها ومطبخها ، بمثابة الضرر الفاحش ، وهو مساوٍ للضرر المادي .

والقواعد المتعلقة بالضرر الفاحش من النظام العام ، فتجب إزالته قديماً كان أو حادثاً ، وقد جاء نص المجلة (الضرر لا يكون قديماً) ونصت المادة (٦٠) من مرشد الجيران (يزال الضرر الفاحش قديماً كان أو حادثاً) .

(١) راجع المواد (١١٢٠٠) و (١١٢٠١) و (١٢٠٢) و (١٢٠٣) و (١٢٠٤) .

الضرر الفاعل في مبررات المعوقات التعاقدية :

يُحطىء من يظن أن معيار الضرر الفاعل يطبق فقط على التصرف الفعلي في حق الملكية العقارية ؛ بل يشمل تطبيقه العلاقات التعاقدية ، ومن أجل ذلك جاء الحنفية « بنظرية العذر » في عقود الإيجار ، وجاء المالكية والحنابلة « بنظرية الجوائح والثأر » بالنظر لما يترب على تنفيذ العقد من الضرر الفاعل غير المتوقع الذي يلحق الطرف المنكوب ؛ فلا ينفذ ؛ لهذا الضرر الذي لم يلتزم بالعقد .

وقد فصلنا القول فيها^(١)

وهكذا نرى أن اختلال التوازن بين المصالح الفردية ، بحيث يؤدي تحصيل إحداها إلى إلحاق الضرر الفاعل بالأخرى ، يكون سبباً في حد ذاته في منع المتصرف بحقه ؛ دفعاً لهذا الضرر ، حتى إذا وقع كان موقعه مسئولاً عن رفعه تعويضاً ؛ مع قطع سببه ؛ ليمنع استمراره في المستقبل .

تعارض المصلحة العامة مع الخاصة

ويبدو هذا الاختلال بصورة أوضح ، إذا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة ، فيمنع التسبب من باب أولى ، ولو كان الفرد يتوخى المصلحة المشروعة التي قرر حقه من أجلها ، كما في تلقي السلع وبيع الحاضر البادي ، والزواج بالكتابات في ظرف يؤدي إلى ضرر عام ، وكما في الاحتكار ، وقد فصلنا القول في ذلك ، وقلنا إن العلة في المنع مجرد النتيجة المترتبة على التصرف ، الواقعة أو المتوقعة .

(١) العدالة في تشريع المعاملات المدنية ص ١٣٩ وما بعدها من هذا الكتاب، وراجع الجامع الصغير على هامش الحراج ، لأبي يوسف ص ١٠٢ .

ولا يلتفت في تقدير الضرر العام الى القصد او البواعث النفسية^(١) .

الوصول العام الذي ينتظم معايير التعسف

الواقع أن هذه المعايير التي ذكرناها للتعسف ، من تمحض قصد الاضرار ، واستعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها ، واختلال التوازن البيّن بين المصالح ، والضرر الفاحش ، وتعارض المصلحة الخاصة مع العامة ، كل هذه المعايير في الواقع ينتظمها أصل عام واحد يمكن ان يعتبر معياراً عاماً للتعسف هو : استعمال الحق في غير ما شرع له .

وبيان ذلك :

أن استعمال الحق لم يشرع وسيلة للاضرار بالغير ، او لتحقيق اغراض غير مشروعة ، وكذلك لم يشرع ليتخذ وسيلة الى تحقيق مصلحة ضئيلة بالنسبة لما يلزم عنه من أضرار راجحة ؛ لان ضابط المشروعات - كما علم بالاستقراء - ان كل ما كان ضرره اكثر من نفعه لا يشروع ، وكذلك لم يشرع الحق ليكون وسيلة لفرض اضرار فاحشة تلحق بالغير من الافراد ، أو للاضرار بالجماعة ، واذا لم تكن الحقوق وسائل مشروعة لهذه الاغراض ، بدا واضحاً ما في استعمالها على هذه الوجوه من مناقضة لقصد الشارع في التشريع ؛ لانها استعملت في غير المصالح التي شرعت من أجلها .

(١) راجع الوظيفة الاجتماعية للحق ص ٢١٦ المصلحة - بيع الحاضر للبادي في أدلة النظرية من السنة - الاحتكار والتسفير ص ١١٣ - ١١٤ تقييد ولي الامر المباح للمصلحة العامة ومنع عمر الزوج بالكتايبات راجع أدلة النظرية من فقه الصحابة وما بعدها الاعتصام ج ٢ ص ١٢١ و ص ١٢٢ .

الفصل الرابع

مجال نظرية التعسف في الفقه الإسلامي

قدمنا ان الفقه الاسلامي لا يعرف التفرقة فيما يتعلق بمجال تطبيق نظرية التعسف بين الحق الذاتي والوظيفي ، ولا بين الحق الوسطي والتقديرية (١) ؛ بل لا يفرق بين هذه الحقوق بجميع أنواعها في هذا المجال ، هذه الحقوق يشملها نطاق نظرية التعسف ، وبالتالي تخضع لاحكامها في الاستعمال ، وضربنا مثلاً للحقوق التي تعتبر تقديرية في بعض التشريعات الغربية ؛ كحق الإيضاء ، وحق الطلاق (٢) ، وقلنا ان حق الإيضاء ورد النص القرآني بمنع التعسف فيه ، واما حق الطلاق ، فلما يثبت أنه ليس تقديرية ، وأن نظرية التعسف تحكم استعماله ، أن جبهة الصحابة والفقهاء ، يقدون طلاق الفرار من ناحية آثاره ، فيورثون الزوجة ، على اختلاف في المدة التي توث فيها ؛ معاملة للفار (٣) بنقيض قصده ، مما يقطع بأن هذا الحق ليس خاضعاً لتقدير صاحبه من حيث باعنه المتعلق بجرمان الزوجة من الميراث .

(١) راجع ص ١٧٢ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٢) اصول القوانين للدكتور حسن كبره ص ١١٤٨ .

(٣) راجع أدلة النظرية من فقه الصحابة - توريث المبتوتة في مرض الموت .

هل تدخل الإباحات أو المحرمات العامة في نطاق نظرية التعسف في الفقه الإسلامي

لا بد من البحث - بادئ ذي بدء - في طبيعة التعسف ، وطبيعة الحرية العامة ؛ لتحديد على ضوء منها مجال تطبيق نظرية التعسف .

انتهى بنا البحث في التكييف الفقهي للتعسف ، أنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل^(١) ، وكُلنا إن مأتى هذه المناقضة هو استعمال الفعل المأذون فيه شرعاً في غير ما شرع له^(٢) من حيث الباعث أو المآل ، كما أفصح عن ذلك أصوليو^(٣) الفقه الإسلامي في غير موضع .
والما قلنا : « في الفعل المأذون فيه شرعاً » لأنه يعتبر في فصل التفرقة بين ماهية التعسف حقيقة المجاوزة ؛ لأن هذه الأخيرة تعتمد فعلاً غير مشروع لذاته ، لا من حيث الباعث أو المآل .

بقي أن نعرف طبيعة الإباحة ، وقد قلنا إنها « اذن من الشارع يقربه مكنة الانتفاع لا على وجه الاختصاص »^(٤) .

وقولنا « لا على وجه الاختصاص » احتراز لاخراج الحق ؛ لأنه يمتاز بخصيصة الاستثناء^(٥) .

هذا ، ومن المعلوم أن مصدر الحق والرخصة إنما هو حكم الشارع .
فتلخص أن الحق والإباحة كليهما يخولان صاحبها مكنة الانتفاع ، أو سلطة شرعية للانتفاع على سبيل الاختصاص في الأول ، والشركة العامة في الثاني .
وأياً ما كان ، فالذي يعيننا هو أن هذه المكنة أو السلطة في كل منها إنما

(١) راجع ص ١٧٢ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٢) المرجع السابق في المواضع المذكورة .

(٣) الموافقات ج ٢ ص ٣٣١ و ص ٣٣٤ و ج ٤ ص ٢٠١ .

(٤) راجع ص ١٩٧ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٥) راجع ص ١٩٣ وما بعدها من هذا الكتاب .

منحت في الشرع لتحقيق غرض معين ، ومن هنا جاء انطباق نظرية التعسف على هذه الحقيقة ؛ لان التعسف كما قلنا استعمال الفعل المأذون فيه شرعاً في غير ما شرع له ، وهذا متصور في الحق كما هو متصور في الرخصة على السواء .
وليس ما يحتاج به القائلون بالتفرقة من أن الاباحة مقيدة بشرط السلامة بالانجماع ، دون الحق ، بالدليل المقنع ؛ بل يجب ان تشتق البرهنة من طبيعة كل من التعسف والاباحة ، وبذلك يمكن أن نصل إما الى تطبيق احدهما على الاخرى ، وإما إلى استحالة ذلك ؛ بالنظر الى تناقض كل من الطبعيتين ؛ لكننا رأينا ان التعسف متصور في الاباحة .

على ان تقييد الحق قد نزل به القرآن الكريم ، كما وردت به السنة ، وجاء به فقه الصحابة ، واستقر عليه رأي جمهور الفقهاء ، واثبتنا ذلك بالادلة التي تؤيد النظرية (١) ، فانهارت بذلك دعوى التفرقة بينها من حيث أصالة التقييد في الاباحة دون الحق من أساسها .

هذا ، وقد رأينا الاصوليين إذ يجرمون التعسف ، يوردون أمثلة من الحق والاباحة دون تفرقة بينهما من حيث شمول حكم التعسف ، يرشدنا الى هذا ، ان الإمام الشاطبي في تفصيله لمراتب الضرر المترتبة على الفعل المأذون فيه شرعاً ؛ جلب مصلحة او درء مفسدة ، يجمع في الحكم بين استعمال حق الملكية على وجه سلبي ، بامتناع المالك عن بيع ما يحتاج اليه المسجد من أرضه او فدانه ، وبين تلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ؛ للمصلحة العامة (٢) ، وهذا من حرية التجارة ، وذلك تصرف في حق الملكية .

كما رأينا الامام الفراء في ، يحرم التصرف بحق الحياة على وجه يؤدي الى الهلاك في غير مقصد شرعي كالانتحار ، الى جانب التصرف في المال على وجه التضييع والعبث (٣) ، والاول تصرف في حرية عامة ، والاخرى في حق الملكية .

(١) راجع ادلة النظرية من الكتاب والسنة وفقه الصحابة في هذا الكتاب .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها .

(٣) الفروق ج ٢ ص ١٤٠ وما بعدها - الموافقات ج ٢ ص ٣٢٣ .

وكذلك رأينا الصحابة (رض) في فقههم وفتاويهم ، لا يفرقون بين تقييد الحق ، وتقييد الرخصة ، اذا أفضى أي منها الى الاضرار بالغير من الفرد أو الجماعة ، كما رأينا في قضاء عمر (رض) على محمد بن مسلمة ^(١) ، وفي أمره بالمنع من التزوج ^(٢) من الكتابيات الاجنبيات ، والاول استعمال في حق الملكية ، والثاني استعمال لحرية التزوج .

كما رأينا بعض الفقهاء يمنعون نكاح التحليل ، ولا يرتبون عليه آثاراً ، كما يمنعون بيع العينة ، وكلاهما مظهر من الحرية في التزوج والحرية في التجارة ، هذا الى جانب منع هبة المال قرب نهاية الحول ؛ فراراً من الزكاة ، وهو تصرف في حق الملكية ، بجامع أن كلا من هذه الامور استعمال للحق في غير ما شرع له .
ومن الفقهاء من سوتى في الحكم صراحة بين الحق والرخصة ، وجعل وجه الشبه قائماً بينهما .

فقد جاء في كشف القناع :

« وإن جلس في مسجد أو طريق واسع ، أو اضطلع في مسجد أو طريق واسع ، أو قام في مسجد أو طريق واسع ، فعثر به حيوان ، فتلغ أو نقص ، لم يضمن تلغه أو نقصه ؛ لانه فعل مباحاً لم يتعد به على أحد في مكان له فيه حق ، اشبه ما لو فعله في ملكه ، ويضمن إن كان الفعل محرماً ... الخ ^(٣) »

فالنظر منصب هنا على السلطة المخولة للفرد ، وانها مشروعة ليست محرمة ، سواء أكانت بمقتضى حق الملكية أم الإباحة .

على أنه ليس ما يبرر التفرقة بين استعمال حق الإيضاء مثلاً ؛ للاضرار بالورثة ، وهو تصرف في حق الملكية ، وبين استعمال حق التقاضي ؛ لمكيدة الخصم ، وهو

(١) راجع ادلة النظرية جميعاً في هذا الكتاب .

(٢) المرجع السابق .

(٣) ج ٤ ص ١٠٤ .

تصرف في المباحات ، فكلاهما فعل مأذون فيه شرعاً بحسب الاصل ؛ ولكنه استعمل في غير الغرض الذي من أجله شرع ؛ فالمناقضة متصورة في كليهما ، ولا نعني بالتعسف الا هذا .

نعم ! تقوم التفرقة بصورة لاتدع مجالاً للشك بين طبيعتين مختلفتين ، كما في التصرف في فعل مشروع لذاته ، وداخل حدوده المشروعة ، وبين فعل غير مشروع أصلاً؛ فالثاني لا مجال للبحث في كونه محض اعتداء وتجاوز، والقطع بمنعه وتحريمه ابتداء. لا يفتقر الى نظر واستدلال ، وإنما يثور البحث في هذا المشروع في الاصل ، وظاهر التصرف انه مشروع لتوافر الاركان والشروط الشرعية ، كيف نحرمه ؟ وعلى أي أساس فقهي يقوم هذا التحريم ؟ هنا مجال يفتقر البحث فيه الى استدلال ونظر ؛ لأنّ الفعل ليس معيباً في ذاته ، وإنما العيب في القصد أو الباعث أو في النتيجة الظالمة التي تلحق بالتصرف نفسه ، كالسفيه ، أو بغيره من الفرد أو الجماعة ، وقد لا يلحق ضرراً بأحد ؛ ولكن الفعل استعمل على وجه يخالف حكمة المشروعية ، كما في نكاح التحليل ، وهذا ممتصوّر في الحق كما هو متصور في الرخصة ؛ اذ ليس في طبيعتها ما يتناقض وطبيعة التعسف كما قدمنا .

وعلى ضوء ما قدمنا من تحليل لطبيعة التعسف وطبيعة كل من الحق والرخصة ، وعلى ضوء ما قدمنا من أدلة تثبت النظرية ، يمكن القول بأن نظرية التعسف تشمل في نطاق تطبيقها الحقوق والحريات العامة على سواء .

الفقه القانوني لم يجمع على استثناء الحريات العامة من نظرية التعسف ؛

لم ينعقد الاجماع بين رجال الفقه الغربي والعربي على هذا الاستثناء ، فذهب الفقيه الفرنسي « جوسران »^(١) الى أن نظرية التعسف شاملة للحقوق والحريات ،

(١) روح الحقوق ونسبتها - نبذة ٢٤٠ .

ويمكن أن تدخل في نطاق تطبيقها مبادئ قانونية مستقرة من مثل « نظرية الظروف الطارئة » و « الدعوى البوليصية » والغش « والتدليس » خلافاً لرأي « كابتات » .

وأما رجال الفقه العربي ، فقد ذهب بعضهم الى الشمول^(١) ، وآخرون الى قصرها على الحقوق المعينة بالمعنى القانوني الدقيق^(٢) .

وأرى ان هذا النظر الأخير لم يقيم على دليل مقنع ؛ لما قدمنا من أدلة ، فاذا أضفنا الى ذلك ، أن نظرية التعسف قائمة على مبدأ سد الذرائع ، وهو لا يفرق في الحكم بين الحق والرخصة ، نتج أن نظرية التعسف شاملة لكلها على وجه اليقين .

(١) ومن هؤلاء - الدكتور أنور سلطان - مصادر الالتزام ج ١ فقرة ٤٣٣ ج سنة ١٩٥٥ الدكتور اسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق - ص ١٤٦ و ١٥٠ ومقاله القيم في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية بعنوان « تجديد عقد العمل المحدد المدة » ص ٣٨٧ وما بعدها - العدد الثاني - السنة الرابعة يوليو سنة ١٩٦٢ .

(٢) كالدكتور السنهوري في الوسيط ج ١ فقرة (٥٤٤) والدكتور عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام سنة ١٩٥٨ فقرة ٣٤٥ - ٤٣٧ والدكتور سليمان مرقس - اصول الالتزامات ج ١ في مصادر الالتزام سنة ١٩٦٠ فقرة (٤٢٤) - وانظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ج ١ ص ٢٠١ في الهامش .

الفصل الخامس

جزاء التعسف

تقرر الشريعة الإسلامية أربعة أنواع من الجزاء على التعسف :

أولاً - الجزاء العيني .

ثانياً - الجزاء التعويضي - أو الضمان .

ثالثاً - الجزاء التعزيري .

رابعاً - الجزاء الأخروي .

أ - في التصرفات القولية :

١ - الجزاء العيني :

أ - في التصرفات القولية :

وأعني بذلك العقود التعسفية ، كسكاح التحليل ، أو بيع العينة ، أو وصية الضرار ، أو الهبة الصورية قرب نهاية الحول لإسقاط الزكاة .

فالجزاء فيها إبطال ذات التصرف ؛ لمنع ترتيب آثاره عليها ، لأن العقود أسباب جعلية ، أي ليست مؤثرة بذواتها ؛ بل يجعل الشارع ، وليست بعقل عقلية ، فيحال بينها وبين ترتيب آثارها عليها ، وعلى ذلك تعتبر هذه العقود باطلة .

- وقد يكون الجزاء باجبار « الممتنع » على استعمال حقه ، كما في المحتكر ؛
فانه يجبر على البيع بضمن المثل ؛ دفعاً لتعسفه ، واضراراً بالجماعة .

- وإجبار الولي على تزويج المولى عليها من الكفء اذا عضلها عن التزويج .

- أو سلب الحق من صاحبه ، كما في سلب الولاية من الولي ، وقيام القاضي بتزويج المولى عليها من الكفء ، اذا أبى وليها تزويجها ، كما يسلب الاب الولاية على الصغير اذا أهمل تربيته .

- وكذلك حرمان السفه من التصرف بماله ؛ حماية لمصلحته ومن تعلقت به مصلحتهم .

ب - التصرف الفعلي :

وذلك بالمنع من مباشرة سبب الضرر قبل الوقوع ؛ او ازالته - إن أمكن -
او قطع سببه بعد الوقوع ؛ منعاً لاستمراره في المستقبل .

فاذا بنى في ملكه حائطاً عالياً بحيث منع انتفاع جاره بملكه على وجه معتاد ، وعطل منافعه المقصودة من الملك ، بأن حجب الهواء والشمس عنه ، فان الحائط يهدم الى القدر الذي يزول به هذا الضرر الفاحش .

- وكذلك اذا حفر بئراً في ارضه فغاضت بئر جاره ، أمر بردمها ؛
دفعاً للضرر ، وكذلك تسد الكوة التي تطل على مقر النساء من الملك المجاور .

- وقد يكون الجزاء بمنع صاحب الحق من استعمال الحق فعلياً - كمنع الغاصب من هدم ما بناه في الارض المغصوبة اذا لم يعد عليه من ذلك فائدة ، ولو كان الغاصب مالكا لما بناه في هذه الارض .

٢ — الجزاء التعويضي — « الضمان » :

الضرر المادي اذا وقع فعلاً ، كالتسبب في تدارك هذا الضرر بالازالة ، لأن الضرر يدفع بقدر الامكان ، فاذا لم يمكن ازالته عينا ، لأن الواقع لا يرتفع ، فيتدارك عن طريق التعويض المالي العادل ؛ وقد قدمنا ان سببه يقطع ؛ منعاً لاستمراره في المستقبل .

واذا أصاب المضرور ضرر معنوي او ادي ، فان قواعد الشرع لاتأبى تقرير التعويض عنه .

ولا يقال ان التقوم يعتمد الاحراز ، والاحراز يعتمد البقاء ، ولا بقاء للاعراض ، والضرر الادبي عرض ؛ لانا نقول ، هذا رأي من لم يقل بتقوم المنافع ، ولكن الارجح تقومها ، ويقاس على المنافع المعنوية ، المضار المعنوية في التقوم ، بجامع ان كلا منها عرض لا بقاء له ، صيانة لاعراض الناس ، يؤيد هذا ، ان الشريعة قد حرمت الاضرار والايذاء بشئى صورته .

على ان الشريعة قد شرعت الحد للجريمة « القذف » وهو ضرر معنوي أدبي ، فلا مانع ان يعرض عن الاضرار المعنوية التي هي دون ذلك بالمال ، ازالة للضرر بقدر الامكان .

٣ — الجزاء التعزيري :

وهذا موكول الى ولي الامر ، فله ان يقرر عقوبة التعزير على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقدر في الشرع ، وهذه تختلف بحسب الاشخاص والملاسات ، وقد رأينا ان من الائمة من يقول بتعزير المحتكر ، فضلا عن جبره على البيع بضمن المثل ، او البيع جبراً عليه اذا أبى ، وتعزير من يدعي على اهل الفضل دعاوى باطلة ؛ لا يوافقهم امام القضاء ايلاماً وامتهاناً .

٤ — الجزء الأخرى :

تتماز الشريعة الإسلامية بتوقيف جزاء أخروي على البواطن أو النيات غير المشروعة ، فقصدا الاضرار ، أو التحايل على قواعد الشرع ، يترتب عليه الإثم فضلا عن الجزاء الدنيوي الذي قدمنا ، بل هو الأصل ، لان الشريعة الإسلامية باعتبارها ترتكز على عقيدة دينية - تجعل لفكرة الحلال والحرام المنزلة الاولى في احكامها ، ثم تضع الى ذلك القواعد التشريعية الملزمة ، أي التي يجب تنفيذها قضاء ، فكانت بذلك نظاماً روحياً ومدنياً معاً .



رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الباب الثاني

نظرية التعسف في استعمال الحق
في الفقه والتشريع الوضعيين

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الفصل الأول

لمحة عن تاريخ نظرية التعسف في التشريعات الوضعيات القديمة

المبحث الأول

في القانون الروماني

من الطبيعي ألا نجد في القانون الروماني القديم نصوا صريحة تقرر نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق ، ذلك ؛ لأن الشرائع القديمة كالقانون الروماني^(١) لم تكن وليد النظريات ، بل كان أساسه القضايا العملية ، والمسائل الحقيقية التي عرضت على الفقهاء .

كما لا يمكن أن نستخلص نظرية عامة للتعسف^(٢) من الحلول المبعثرة في هذا القانون كالتالي عرفها الفقه الاسلامي ، ذلك ؛ لأن القانون الروماني قائم في اساسه

(١) ومن الشرائع الحديثة ، القانون الانكليزي الذي يقيم تشريعه على أساس حلول المسائل التي تعرض على القضاء - الموجبات والعقود للمحصاني ج ١ ص ١٦٦ .

(٢) محاضرات في النظرية العامة للحق - ١٦٠ ط ٢ - ١٩٦٠ للدكتور اسماعيل غانم .

على نظرية الحق المطلق أي على السلطة المطلقة ^(١) .

غير انه يمكن العثور على بعض تطبيقات تقيد فيها الحق بمنع الاضرار ، مما يعتبره بعضهم صورة بدائية ضيقة لفكرة التعسف ، بينما لا يعتبره فريق آخر كذلك ؛ بل هو في نظره تطبيق لفكرة العدالة ^(٢) او قواعد الاخلاق ^(٣) ، وهذا الرأي في نظرنا يتفق مع الاساس الذي يقوم عليه القانون الروماني ، وهو « فكرة السلطة » .

على ان القانون الروماني ، قد وجدت فيه نصوص متعارضة سنأتي على ذكرها - بعضها يؤكد مبدأ الحق المطلق ويدعمه ، والآخر ينتهي الى التخفيف من صرامة هذا المبدأ ^(٤) ، فمن المغالاة اذن الزعم بأن القانون الروماني قد عرف « نظرية عامة للتعسف » اعتماداً على ورود بعض تطبيقات يحرم فيها تعمد الاضرار بالغير ^(٥) .

وتبدو فكره السلطة « فيما منحه هذا القانون في عهده الاول لرب الاسرة من حقوق طليقة » .

١ - سلطة الاب على بنيه ٢ - سلطة الاب على زوجته

٣ - سلطة السيد على عبيده ٤ - السلطة المطلقة في حق الملكية

فرب الاسرة يمارس هذه الحقوق كيف يشاء ، سواء حسنت ^(٦) نيته أم ساءت ، وسواء استهدف في استعماله إيهاها الخير أم الشر ، دون أية مسئولية ،

(١) الوجيز في الحقوق المدنية ص ٣١١ - الدكتور عدنان القوتلي .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر خلاف هذا الرأي - الدكتور حسن كبره أصول القانون

ص ١٠٨١ .

(٤) جوسران في كتابه روح الحقوق ونسبيتها - نبذة (١٦) - النظرية العامة

للالتهزام - ج ١ .

(٥) مصادر الالتهزام - الدكتور انور سلطان - نبذة ٤٣٨ - الدكتور

السنهوري - الوسيط ج ١ نبذة ٥٥٤ .

(٦) التعسف في استعمال الحقوق - حسين عامر ص ١٤ - ١٥ .

هذا ، ولم يكن للزوجة حقوق ولا اموال ، وكان الولد معرضاً للبيع ، والعبد للترك والقتل .

وأما في المعاملات ، فقد كان للدائن سلطة مطلقة على مدينه ؛ إذ كان يباع في الدين ، او يقسم بين دائئيه .

نعم ان قواعد الاخلاق والعرف تتعارض مع حماية كل عمل يقصد به الاضرار بالغير ، كما أن مبادئ المنطق تؤيد الرغبة في تلافي النزاع بين الحقوق ، الا أن ذلك لم يظهر في الفقه الروماني كتطبيق لنظرية عامة للتعسف ، والا لانبثت تطبيقاتها في جميع فروعه .

على أن الرومان قد ورد عنهم القول بما ينافي نظرية التعسف .

فقد جاء في « الديجست »^(١) « مدونة الاجتهاد » وهو أبرز مؤلفات الرومان القانونية - قول الفقيه الروماني الكبير « كايوس » (Gaius) « ليس بالمعتدي من يستعمل حقه » وذكر الفقيه بولس « Paulns » : « انه لا يأتي عملاً ضاراً الا من يعمل بدون حق » واكد الفقيه أولبيانوس « Ulpianus » نفس المعنى بقوله : « انه ليس بالمؤذي من استعمل حقه » .
وورد ايضاً « من استعمل حقه فما ظلم »^(٢) .

(١) الموجبات والعقود - للمحصاني ج ١ ص ٥٠ الوجيز في الحقوق المدنية - للقوتلي ص ٣١١ مجلة القانون والاقتصاد عدد ١ / سنة ١٧ / ٨٦ وما بعدها - الدكتور انور سلطان .

(٢) الوجيز في الحقوق المدنية - للقوتلي - ص ٣١٠ وما بعدها . هذا وقد ذهب بعض الفقهاء المعاصرين الى تأويل معاني هذه القواعد على وجه يعارض اطلاق الحق ، وهذا التأويل مؤداه « أن من استعمل حقه فلا يفترض فيه نية الغش ، أي لا يفترض فيه التعسف ، وأرى أن هذا ضرب من التعسف في التأويل ، فلم لايراد ان من استعمل حقه ، اي من لم يخرج عن حدوده ، او من لم يعمل بدون حق . كما وردت بذلك بعض العبارات : أنه لا يأتي عملاً ضاراً الا من يعمل بدون حق - انظر التعسف في استعمال الحقوق - حسين عامر ص ٢١ .

ونورد بعضاً من التطبيقات ، ووعي فيها المنع من تعمد الاضرار بالغير .
يذكر « جوسران » ^(١) ان سلطة رب الاسرة على أفرادها قد انتقصت ،
فلم يعد للاب بدون سبب مشروع الحق في الاعتراض على زواج ابنه ، أو في
حرمانه من الميراث .

وفيما يختص بحق السيد علي عبده ، فقد نص على أنه يجب الا يسيء الموء
معاملة العبيد .

وقد ذكر في موسوعات « جوستنيان » انه لا يسمع بعد اليوم بالاساءة الى
العبيد بغير سبب مشروع .

وفيما يتعلق بالوصية الصادرة طبقاً للاصول القانونية ، يمكن أن تقضي
بإبطالها محكمة المائة - مائة قاض - اذا كان فيها مايس عاطفة البر والاحسان
الواجب توفرها لدى الموصى نحو أقربائه ^(٢) .

وفيما يتعلق بحق الزوج في تسريح زوجته ، « أن من يقدم عليه بغير باعث
قوي يعاقب . »

أما حق الملكية فقد كان الأصل فيه الاطلاق ، أي للمالك أن يستعمل
ما يملك كيفما شاء ؛ ولكن قد نص على أن من يترك عقاره المتخرب بحالة تهدد
سلامة عقار الجار يعتبر ظالماً ^(٣) .

ونص أيضاً على أن للمالك « القيام بعمل حفر في أرضه من شأنها قطع
العروق النابتة في عين جاره ، وليس للجار أن يرفع عليه دعوى « الغش »
ما دام لم يقصد ^(٤) من هذه الحفر الاضرار به . »

(١) التعسف في استعمال الحقوق - حسين عامر ص ١٩ .

(٢) الدكتور انور سلطان - المقال السابق .

(٣) المرجع السابق ص ١٧ وما بعدها - الموجبات والعقود للحمصاني

ج ١ ص ٥٠ .

(٤) النظرية العامة للالتزام - انور سلطان ص ٥٠٤ وانظر ايضاً مقاله في مجلة

القانون والاقتصاد عدد ١ سنة ١٧ ص ٧٨ .

والخلاصة : أن القانون الروماني قد وردت فيه تطبيقات قامت على مبدأ الانصاف وقواعد العدالة ، أكثر من كونها تطبيقاً حقيقياً لنظرية التعسف كاملة المعايير ، ومدعمة الاصول ؛ بل لانحسب أنها قامت على فكرة متبلورة للتعسف في معيار واحد من معاييرها ، ولعل العادات كان لها أثر في تقييد بعض الحقوق^(١).

المبحث الثاني

في القانون الفرنسي القديم

تسود هذا القانون النزعة الفردية بوجه عام ، ويرى بعض فقهاء القانون أن فكرة التعسف قد ظهرت في نصوص تتعلق بتنظيم العلاقات الجوارية .

على أن فكرة تقييد حق الملكية - بمقتضى قواعد العدالة - انتقلت الى هذا القانون ميراثاً عن القانون الروماني ، وظهرت بصورة أوسع ؛ إذ لم يعد من المنوع استعمال حق الملكية بقصد الاضرار فحسب ؛ بل أصبح ممنوعاً كذلك في حالة انتقاء المصلحة ، أو المنفعة الجدية التي تعود على صاحبه^(٢).

القضاء الفرنسي في ظل هذا القانون

وقد كانت قرارات البرلمانات - وهي التي كانت تقوم محل محاكم الاستئناف في أيامنا - تقضي بأن « ليس لأحد - إبان قيامه بعمله أو صناعته - أن يعطل أعمال

(١) الوجيز في الحقوق المدنية - للقوتلي ص ٣١١ وما بعدها .

- اصول القانون للدكتور حسن كير ص ١٠٨١ .

(٢) المرجع السابق التعسف في استعمال الحقوق ص ٤٨ - ٥٠ - حسين عامر .

جيرانه ، أو أن يجعل سكنهم في منازلهم غير محتملة^(١) .
وقضى برلمان « اكس » أن غازل الصوف الذي يغني بصوت عال مستعملاً
بذلك حقه وحرية في الغناء ، وقاصداً من وراء ذلك ازعاج جاره المحامي ، مسئول^(٢)
عن هذا الازعاج^(٣) .

على أن من كبار القضاة الفرنسيين^(٤) - ضوما - من كان يرفض القضاء
على المالك اذا تعسف في استعمال عقاره ، فقطع المجاري الارضية التي تغذي نبع
جاره ، في حين أنه كان يمنع التعسف في استعمال حق التقاضي .
هذا ، ويمكن أن يستنتج من قراراته ، أن التعسف في نظره لا يقوم إلا
إذا توفر أمران معاً :

الاول : ان يكون الاستعمال بقصد اضرار الغير .

الثاني : ان لا يكون لصاحبه فائدة من هذا الاستعمال^(٥) .

القانون الفرنسي القديم لم يعرف التعسف في استعمال الحق

كنظرية عامة

واذا كان اعلام الفقه الفرنسي قد بحثوا في فكرة التعسف ، وصدرت
قرارات كبار القضاة مبنية على هذه الفكرة ، فان القانون الفرنسي القديم - بما
كان يتسم به من نزعة فردية - لم يكن يعرف نظرية عامة للتعسف في استعمال
الحق ، اللهم الا هذه النصوص التي تتعلق بتنظيم العلاقات الجوارية .
اما الفقهاء - وهم شراح هذا القانون - فقد أجمعوا على الحد من حق المالك

(١) المرجع السابق .

(٢) الدكتور عدنان القوتلي - المرجع السابق ص ٣١٢ .

(٣) من كبار قضاة عصره .

(٤) المرجع السابق .

في استعمال ملكه^(١) ، ولم يسوغوا للمالك أن يأتي عملاً في ملكه من شأنه مضايقة الجار ، كاحداث دخان كثيف من فرن أو كور .

وأما القضاة ، فقد ذكرنا قرارات كبيرهم ومنهم « دي لهومو » الذي كان يقضي بمنع التصرف في الملك بما يؤدي الى سد مطلات الجار ، أو حجب الضوء عنه ، إذا لم يكن للمالك منفعة جدية من وراء ذلك .

ففكرة التعسف كانت معلومة لدى الفقهاء الفرنسيين ، وجرت بها أقلامهم ، كما عُرِفَتْ في مجال القضاء ، ولعلمهم كانوا يستوحدون في ذلك مبادئ العدالة ، فطبقوها على أشد الحقوق إطلاقاً ، وهو حق الملكية^(٢) .

غير أن فكرة التعسف التي ظهرت بعض تطبيقاتها في القانون الفرنسي القديم وفي قضاء المحاكم ، وجرت بها أقلام فقهاءه ، قد طمسها الثورة الفرنسية ، الى أن ظهرت في أواخر القرن التاسع عشر^(٣) ، ثم أخذت بعد ذلك سبيلها الى التشريع .

المبحث الثالث

في القانون الفرنسي سنة ١٨٠٤

كان لآراء الفلاسفة في القرنين السابع عشر والثامن عشر أثرها في النظريات القانونية ، وكان صدور هذا القانون على أساس تعاليم المذهب الفردي ثمرة لتلك

(١) نظرية الالتزام العامة - مصادر الالتزام ج ١ ص ٥٠٦ - الدكتور أنور سلطان . ومن هؤلاء بوتيه / المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق - الوجيز في الحقوق المدنية - للقوتلي ص ٣١٢ وما بعدها .

الآراء ، وقد بينا تعاليم هذا المذهب ، وذكرنا أنها تعتبر الفرد هو العنصر الأهم في الجماعة ، وأن القانون ليس الا وسيلة لتقرير حقوقه الطبيعية وحمايتها ، وكفالة استمتاعه بها على الوجه الذي يشاء^(١) ، وعلى هذا يمكن القول بأن « نظرية الحق المطلق ، هي أساس هذا القانون ، فكان من آثار ذلك أن أصبحت الحقوق الفردية مقدسة ، ومصدر سلطات مطلقة ، لا يُسأل أربابها عما يترتب على استعمالهم إياها من الأضرار التي قد تلحق بالغير ، ومن ثم ، ففكرة الضمان أو المسؤولية عن استعمال الحقوق اضحت لا تأتلف وطبيعة هذا الحق ومفهومه ؛ ولا سباحة الملكية الذي كان يعتبر أكثر الحقوق اطلاقاً ، فهو مقدس ، ولا يجوز التنازل عنه ؛ لانه حق طبيعي للفرد ؛ بل هو الضمان الوحيد لحيته^(٢) .

وتبدو طبيعة حق الملكية الخاصة - في هذا القانون - وما أحيط به من قدسية من تعريفه بأنه « الحق في التمتع والتصرف في الاشياء بالطريقة الأكثر اطلاقاً »^(٣) .

وهكذا انتكست نظرية التعسف على عقيبتها أمام النزعة الفردية على يد الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر ، كما تأثر التقنين المدني بهذه النزعة ؛ ولكن نصوص هذا القانون المشبعة بروح الفردية ، لم تحل دون نشاط القضاء الفرنسي^(٤) ؛ فقد فرض رقابة على استعمال الحقوق ، غير أنه لم يُقم النظرية على أساس مستقل ، بل تستر وراء مبنى المسؤولية التقصيرية ، وهو « الخطأ » وحاول

(١) راجع هذا البحث في الكتاب ص ٤٠ وما بعدها - محاضرات في النظرية العامة للحق - اسماعيل غانم ص ٥٩ .

(٢) اصول القانون للدكتور حسن كبره ص ١٠٨٣ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) الحقوق العينية الاصلية - المؤلف السابق ص ١٦٣ - الوجيز في الحقوق المدنية للدكتور القونلي ص ٣١٢ - اصول القانون - الدكتور حسين كبره ص ١٠٨٣ .

أن يبرر أحكامه بناءً على مقتضى هذه النظرية بالاستناد الى فكرة « الخطأ » إذ أعوزته النصوص ؛ ولكن قد ظهر لنا أن نظرية التعسف بحقيقتها ، ودورها ، ومعاييرها ، تستند الى أصل آخر مستقل عن فكرة « الخطأ » او عن الصورة التوسعية التي يفترضها بعضهم لهذه الفكرة ، فاذا كانت الظروف التشريعية لم تسعف القضاء في إقامة هذه النظرية على أساسها الاصيل ؛ بالنظر لعدم وجودها أصلاً في القانون آنذاك ، فليس معنى هذا ان النظرية مجرد تطبيق لفكرة الخطأ المولدة للمسؤولية التقصيرية ؛ لان فكرة « الخطأ » قاصرة عن استيعاب جميع حالات التعسف ، وعن تأدية ما لنظرية التعسف من وظيفة ، على ما فصلنا ذلك في موضعه (١) .

اجتهادات المحاكم الفرنسية منذ أوائل القرن التاسع عشر :

أخذت المحاكم الفرنسية في قضائها بالمبدأ الذي قرره القانون الفرنسي القديم ومشروع الرومان من قبل ، وهو منع استعمال الحق بنية الاضرار بالغير ، ذلك ؛ أن هذا المبدأ يقضي به أبسط قواعد العدالة ؛ ولذا أجمع الفقه والقضاء الفرنسيين على الاخذ بهذه القاعدة .

إلا أن ثمة حالات أخرى للتعسف أثارت نزاعاً بين الفقهاء ، وأثارت صعوبة في تطبيق هذه القاعدة « نية الاضرار » ومن تلك الحالات (٢) : ما اذا اختلط قصد الاضرار بالغير بغرض آخر مشروع ، أي أن المالك مثلاً يستعمل حقه قاصداً تحقيق غرضين : تحقيق منفعة له ، والاضرار بغيره .

والذي استقر عليه اجتهاد المحاكم الفرنسية ، هو أن ينظر الى الغرض الاساسي الذي دفع المالك الى استعمال حقه على النحو الذي ترتب عليه الضرر ، فان كان هو قصد الاضرار ، استوجب استعماله المسؤولية .

(١) تأصيل نظرية التعسف في الفقه الاسلامي ص ٢٨١ من الكتاب

(٢) في مدى استعمال الحقوق الزوجية - السعيد مصطفى السعيد ص ٧ - ٨ .

هذا ، واعتبروا أن انتفاء المصلحة لدى صاحب الحق يُعتبر قرينة على تصده الاضرار بالغير .

اما اذا قصد المستعمل لحقه تحقيق مصلحة جديدة له ؛ ولكن ترتب على استعماله هذا - دون قصد منه - ضرر بالغير ، فلم يتفق الفقهاء الفرنسيون على حل لهذه الحالة ، فمنهم من قصر معيار التعسف على « قصد الاضرار » ولم يبسط النظرية على حالة انتفاء قصد الاضرار ، ولو ترتب على الاستعمال ضرر بالغير .

ويرى الفقيه الفرنسي « جوسران » - وهو حامل لواء هذه النظرية في العصر الحديث - أن ينظر الى مدى اتفاق الاستعمال مع الغاية الاجتماعية للحق ، وهذه نظرة موضوعية ، ففي رأي « جوسران » ان لكل حق غاية معينة ، وتختلف الحقوق باختلاف غاياتها ، كما تختلف هذه الغايات بحسب الامكنة والازمنة ، فمعيار الغاية الاجتماعية للحق معيار مرن ينطبق على جميع حالات التعسف ، وفي جميع الازمنة والامكنة .

على أن « جوسران »^(١) لم يغفل الباعث الشخصي وأثره ، ولا سيما في استعمال الحقوق الخاصة ، فجعله دليلاً على قصد هذه الغاية، اي يستعان بالباعث في معرفة هدى اتفاق قصد المستعمل لحقه مع الغاية الاجتماعية التي قرر من أجلها الحق . وعلى هذا فإن « جوسران » يعتبر معيار التعسف هو الغاية الاجتماعية للحق ، مستعيناً في سبيل ذلك بالقصد والباعث . وسيأتي نقداً لهذا الرأي في موضعه من معايير نظرية التعسف^(٢) .

تطبيقات المحاكم الفرنسية

ويمكن ان يقال ان تطبيقات المحاكم لهذه النظرية حال انعدام النص عليها،

(١) راجع مدعي استعمال الحقوق من ص ٧ - ١١ .

(٢) التعسف في استعمال السلطة - للطاوي ص ١٥٧ .

تدور حول المعايير الآتية : (١) .

الاول - قصد الاضرار .

الثاني - انتفاء المصلحة في استعمال الحق .

الثالث - الاستعمال الطبيعي والاستعمال غير الطبيعي (المعتاد) للحق .

الرابع - مطابقة الباعث على استعمال الحق أو عدم مطابقته للغرض الاجتماعي الذي وجد الحق من أجله .

واكثر تطبيقات المحاكم الفرنسية في هذا الشأن متعلقة باستعمال حق الملكية، وحق التقاضي، وحق السلطة الأبوية، وحق التعاقد، وحق فسخ العقود.

المبحث الرابع

في القانون المدني المصري القديم (الملغى)

بالرغم من أن القضاء المصري في ظل هذا القانون ، لم يتردد في الاخذ بنظرية التعسف وتطبيقها فيما كان يعرض عليه من وقائع تتعلق بأنواع من الحقوق ، متأثراً في ذلك بمبادئ الفقه الاسلامي واتجاهاته ، وبالقضاء والفقه الفرنسيين ، أقول بالرغم من ذلك - فان القانون المدني القديم كان يتسم بالنزعة الفردية الغالبة التي ورثها عن أصله القانون الفرنسي القديم . وهو وإن كان يتضمن نصوصاً قليلة^(٢) تعتبر تطبيقات فردية لفكرة التعسف ، غير أن هذه لاتفصح

(١) محاضرات في المسؤولية المدنية - الدكتور سليمان مرقس ص ١٢٠/١٢١ .

(٢) من ذلك مانص في المادة ٥٩/٣٨ و ٦٠ منه : بان « ليس لمالك الخائط ان يهدمه بمجرد ارادته ، اذا كان يترتب على ذلك حصول ضرر للجار المستر ملكه بجائطه ، مالم يكن هدمه بناء على باعث قوي » .

عن اتجاه المشرع آنذاك الى الاخذ بنظرية التعسف^(١).

٢ - في القضاء المصري في ظل التقنين المدني (الملغى)

ذكرنا ان هذا القضاء قد سلك سبيل الاخذ بنظرية التعسف، وتطبيقها فيما كان يعرض عليه من وقائع كانت تتعلق باستعمال حق الملكية ، وحق التقاضي وحق الطلاق ، وحق العدول عن الخطبة . وحق رب العمل في تسريح عماله ، وغير ذلك من الحقوق ، وقد كان في قضائه أميل الى الأخذ بالمعيار الشخصي^(٢).

والواقع ، أن القضاء المصري - كما ذكرنا - كان يستلهم في قضائه مبادئ الفقه الاسلامي واتجاهاته ، الى جانب تأثره بالفقه والقضاء الفرنسي ، مما جعل للقضاء المصري مجالا خاصا في تطبيق هذه النظرية يختلف فيه عن القضاء الفرنسي ، إذ الأول كانت تعرض عليه حالات تتعلق بحقوق الاسرة ، يكون مرجع الفصل فيها الشريعة الاسلامية ، ولهذه الشريعة احكامها التي كثيراً ماتخالف القواعد التي يقرها القانون في أمر من الامور .

والمعايير التي أخذت بها المحاكم المصرية (المختلطة والاهلية) هي :

أولاً : تمحض قصد الاضرار في استعمال الحق .

ثانياً : حالة انتفاء المصلحة مع الحاق الاضرار بالغير .

(٢) كما نص قانون المرافعات الملغى : في المادة ١٥/١٢٠ منه على جواز الحكم بالتعويض في مقابلة المصاريف الناشئة عن دعوى ، أو مرافعة ، كان القصد بها مكيدة الخصم ، حسين عامر ص ٢٦٠ المرجع السابق - أصول القانون ، الدكتور حسن كبير ص ١٠٨٤ .

(٣) انظر انواعا من التطبيقات مسرودة في كتاب محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية - للدكتور سليمان مرقس سنة ١٩٥٨ - القسم الاول - الاحكام العامة ص ١٢١ - ١٢٢ .

ثالثاً : الإهمال في استعمال الحق إذا ترتب عليه الضرر ، ولو كان غير مقصود
رابعاً : إذا اختار ذو الحق من بين الطرق الكثيرة طريقاً للاستعمال هو
أكثر إضراراً بالغير ، دون أن يكون له في ذلك مصلحة .
خامساً : استعمال الحق على وجه لا يطابق الغاية التي من أجلها قرر الحق .
سادساً : معيار الضرر الفاحش فيما يتعلق باستعمال حق الملكية ، وقد
تأثرت المحاكم في هذا الصدد بقواعد الفقه الاسلامي^(١) .



(١) راجع المواد ١١٩٨ - ١١١٢ من مجلة الأحكام العدلية - والمواد ٥٧ - ٥٩ من مرشد الخيران .

- وانظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي - ج ٤ ، ص ١٩٦ .
- في مدى استعمال الحقوق الزوجية ، للدكتور السعيد مصطفى السعيد
ص ١٩ - ٢٣ .

الفصل الثاني

المبحث الاول

نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه القانوني الحديث

قلنا ان الثورة الصناعية او التقدم الحضاري بوجه عام، كان له أثر بالغ في تطوير مفهوم الحق ؛ اذ لم يعد يتفق والاضاع المستحدثة التسليم بالمفهوم الفلسفي للحقوق الفردية الذي يجعل منها سلطات مطلقة يارسها الفرد ، باعتباره سيداً مطلقاً لايسأل عما يفعل ؛ لما استتبع ذلك من نتائج ظالمة من الاستغلال والتعسف والتحكم ، وخلق هوة سحيقة بين طبقتين رئيسيتين في المجتمع إحداها : رافهة مستغلة ، واخرى كادحة مهضومة الحق ، يوسع هذه الهوة ويعمقها ما انتشر من مبادئ المذهب الفردي ، وكان من أشد مظاهر هذا التعسف نكراً محاباة رأس المال على حساب العمل ، حتى بدا التناقض جلياً بين مصلحة رب العمل والعمال ، أو بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة ، بما أدى بالتالي الى اهدار هذه الاخيرة لحساب الصالح الفردي .

وكان لهذا كله صداه في الفقه القانوني ، فأخذ ينكر ما تقضى به تعاليم

المذاهب الفردية من تقديس الفرد ، وجعله محور التشريع وغايته ، فانجبه عكسياً ، وأخذ ينقض فكرة الحق المطلق - وهي أساس المذهب الفردي - ليقم التشريع على أساس من مصلحة الجماعة ، واعتبر الحق من الجماعة وللجماعة ، واستلزم ذلك إنكار شخصية الفرد، وكيانه الذاتي، ومصلحته الخاصة^(١) .

ونظراً لما في هذين الاتجاهين من تطرف وغلو ، بدأ الفقه القانوني في أواخر القرن التاسع عشر - بعد أن مهد له القضاء - يتجه الى التقريب بين النزعتين المتضادتين ، وقيم التوازن بينهما ، فكانت نظرية التعسف في استعمال الحق مظهراً لهذا التوازن ، وهذا بما يؤكد ، ان نظرية التعسف في استعمال الحق متصلة اساساً بالحق وغايته او بمدى استعماله .

أما الفقه الاسلامي ، فلا يعرف هذا الغلو او التطوف في النظرة الى الحق ، كما لا يقر هذا التناقض بين الصالح الفردي والصالح الجماعة مذكاً ، ولذا نشأت فيه نظرية التعسف بنشأته ، وتدعت اصولها - على سعة ومرونة لم تعرف في فقه او تشريع غيره - بما تأصل فيه من مبادئ وقواعد مستقرة ثابتة ليست وليدة أحداث اقتصادية ، او ظروف طارئة ؛ وانما هي من وضع الشارع الحكيم .

فكان مفهوم التعسف اوسع مدى في الفقه الاسلامي منه في أي فقه عرف حتى اليوم ، وكانت مقاييسه من السعة والمرونة بحيث تجابه كل تطوور في جميع نواحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، في حين ان فريقاً من فقهاء القانون في عصرنا هذا لا يزال يناهض هذه النظرية ، ويوجه اليها انتقادات بعضها شكلي ، والآخر موضوعي ، والمعتفون بها لم يستقر رأيهم على مفهوم موحد للتعسف ، فهم مختلفون في معايير ضيقاً وسعه ، كما هم مختلفون فيه من حيث مجال التطبيق .

(١) راجع فكرة الحق في مذهب التضامن الاجتماعي ص ٤٤ ، من هذا الكتاب .

ومها يكن من أمر ، فان معظم فقهاء العالم أضحى يسلم بأن الحقوق نسبية
لامطلقة ، وان استعمال الحق مقيد بالغرض الذي شرع من أجله .

وأما نظرية التعسف ، فقد تبلورت في تشريعات العالم على تفاوت بينها في
مفهوم التعسف ومدى تطبيقه .

ونعرض فيما يلي لآراء المناهضين للنظرية ؛ ولكن بالرغم من ان كثيراً من
فقهاء القانون أخذوا ينتقدون النظرية ، فانها أخذت طريقها الى التقنين في
التشريعات الحديثة في مطلع القرن العشرين ، ومن هؤلاء « اوبري و دو
(Aubry et Rau) واسمان Esmein ، وعابوا عليها إجمالاً أنها غير
منطقية وخطورة .

ونعرض فيما يلي لأهم الآراء المناهضة للنظرية :

رأي بلانيول Planiol :

يرى الفقيه « بلانيول » أن نظرية التعسف تقوم على أساس متناقض ؛
لأن من يستعمل حقه يجب ان يكون فعله مشروعاً ، والفعل لا يكون غير
مشروع إلا إذا جاوز حدود الحق ، او كان لا يستند الى حق ، فالحق ينتهي
عندما يبدأ التعسف^(١) Le droit cesse où l'abus commence .

على أن « بلانيول » يسلم بأن الحق مقيد بالغرض الذي تقرر من أجله ،
وان استعماله في غير ذلك لا يسمى تعسفاً abuse ؛ بل خروجاً عن الحق
dépassement du droit .

وهذا - كما نرى - خلاف لفظي ، وبتحليل رأيه نجد انه يركز
على ناحيتين :

الاولى : أنه من التناقض المنطقي والقانوني أن يوصف الفعل بأنه مشروع

(١) القانون المدني ج ٢ - نبذة (٨٤١) « بلانيول » .

وغير مشروع في وقت واحد ^(١) Conforme au droit et contraire
. au droit

والثانية : ان ركن الخطأ المولد للمسئولية التقصيرية - وهو مبنى التعسف في نظره - لا يتوفر إلا في فعل غير مشروع ، أي لا يستند الى حق ، فجميع حالات التعسف - على هذا النظر - إن هي إلا حالات خروج عن الحق .

الرد على « بلاينول »

والرد على هذا الرأي من وجوه : الاول : لا نسلم لزوم التناقض ؛ لأن النفي والاثبات ، او المشروعية وعدم المشروعية ، لم ينصباً على ذات الفعل في وقت واحد ؛ اذ الاولى - وهي المشروعية - منصبة على ذات الفعل ؛ لاستناده الى حق ، وعدم المشروعية منصباً على الباعث او نتيجة الفعل ، والباعث عنصر نفسي منفصل عن الفعل ، كما ان الفعل مقدمة والضرر نتيجة ، فعدم المشروعية اذن ينصب إما على القصد او الباعث ، وإما على النتيجة ، ومما غير الفعل ؛ فالجهة منفكة ولا تناقض ، وهذا ما يقرره العلامة الشاطبي في هذا المقام ؛ اذ يقول : « وعلى هذه القاعدة تجري مسألة الصلاة في الارض المفضوبة ، والذبح بالسكين المفضوبة ، وما لحق بها من مسائل ، هي في أصلها مأذون فيها ، ولا تضاد في الأحكام لتعدد جهاتها » ^(٢) .

والدليل على انفكاك الجهة ، ان استعمال الحق إذا تجرّد عن الباعث غير المشروع عاد الى ما كان عليه من أصل المشروعية ، وكذلك اذا لم يقض الى نتيجة غير مشروعة .

وترتيباً على هذا ، يمكن القول بأن التعسف ليس متعلقاً بضمون الحق وسلطاته الممنوحة لصاحبه ؛ بل يتعلق بالباعث او المسأل كما قررنا في غير موضع .

(١) مبادئ القانون المدني ج ٢ نبذة (٨٦٢) وما بعدها - بلاينول .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٦٠ .

على أننا قد أوضحنا في بحث الغاية الاجتماعية للحق في الفقه الاسلامي^(١) ان الفعل قد يكون مشروعاً لذاته وسليماً من حيث الباعث ، ومع ذلك يمنع بالنظر لتعارضه مع مصلحة عامة جوهرية ، أي لمخالفته للقواعد الفقهية المستقرة ، وذلك كتلقي السلع ؛ فانه يمنع ، ولو كان الباعث عليه مشروعاً ، وهو جلب الرزق من طريق مشروع وهو حرية التجارة ، وذلك بالنظر لمخالفته للقاعدة العامة القاضية بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام ، وهذا هو أصل النظر في مآلات الأفعال الذي فصلنا القول فيه كمؤيد لنظريه التعسف^(٢) ، وعلى ذلك فلا تناقض . أي يمكن ان يكون الفعل في ذاته مشروعاً ، ولكنه - في الوقت نفسه - مخالف لروح الشريعة وقواعدها العامة ، ومثل ذلك يقال في القانون ، وهذا هو جوهر فكرة التعسف .

ويتجه على الفقيه « بلانيول » من الناحية الاخرى ، انا لا نسلم الاصل الذي بني عليه نظرية التعسف ، فقد بينا أن نظرية التعسف متصلة أساساً بغاية الحق ، لا بمحدوده الموضوعية ، إذ التعسف يفترض عدم مجاوزة حدود الحق الموضوعية ، فلا يعتبر الفعل بالتالي خارجاً عن حدود الحق^(٣) .

ومن هنا وجبت التفرقة بين مجاوزة الحق والتعسف فيه ، ولهذه التفرقة أهمية بالغة ، ذلك ؛ لان مجاوزة الحق أمر محرم في جميع الشرائع ، والفعل غير مشروع لذاته ، سواء أترتب عليه ضرر أم لا ، بل يمنع ولو جرت للغير نفعاً ، ويكفي اثبات مجرد حصول الفعل ليتشكل الاعداء او المجاوزة ، كمن يبني في أرض غيره أو يزرع فيها ، ولا يشترط اثبات حصول الضرر .

(١) انظر ص ٢١٦ وما بعدها من الكتاب ، وانظر المقصود بالمصلحة التي شرع الحق من اجلها ص ٢٦٥ وما بعدها - و ص ٢١٦ وما بعدها و ص ١٥٨ المرجع السابق .

(٢) انظر ص ٤٠٣ المرجع السابق .

(٣) راجع تأصيل التعسف ص ٢٨١ - المرجع السابق .

وأما التعسف، فالفعل فيه مشروع لذاته؛ ولكنه يخل بالتوازن بين المصالح المتعارضة، أو يقصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة، فيمنع التسبب لذلك، كما أن النظرية توفق بين المصالح المتضاربة، وتقيم التوازن بينها بما يتفق وروح القانون . على أن الفعل المشروع قد يشكل إخلالاً بالتوازن بين مصلحة فردية وأخرى عامة، دون قصد من مباشره، أو عدم تبصر أو إهمال في أخذ الحيلة، أي دون أن يتوفر لديه أي عنصر « للخطأ » ومع ذلك يمنع، وتترتب مسؤوليته إن هو تسبب في الضرر، ووقع فعلاً، كما في صور استعمال حق الملكية . هذا، ولنظرية التعسف وظيفتان تقصر عنهما وظيفة المسؤولية التقصيرية المبينة على الخطأ .

الاولى : وقائية بمنع التسبب في الضرر، أو منع ترتيب الأثر على التصرف القولي المنافي لحكمة المشروعية، بإبطال التصرف ذاته؛ لئلا تترتب آثاره عليه . والأخرى : علاجي، وهو الجزاء العيني أو الضماني، وفي هذا الأخير لا بد من إقامة الدليل على وقوع الفعل ووقوع الضرر أيضاً، وعلاقة السببية بينهما، ولو لم يتوافر عنصر الخطأ، كما في حالة استعمال الحق على وجه يضر بمصلحة عامة جوهرية، وحالة استعمال المالك ملكه على وجه يضر بجارته ضرراً غير مألوف . والخلاصة أن نقد « بلانيول » قائم على أساس أن مبنى التعسف هو « الخطأ » المولد للمسؤولية التقصيرية، وقد يتناهد هذا الأصل، فيفسد بالتالي ما بني عليه من نتائج (١) .

هذا، وقد تبين أن نقده « للتسمية » مجرد خلاف لفظي؛ لأنه يسلم بأن الحقوق لم تعد مطلقة، بل مقيدة بالمصالح التي تقررت من أجلها، وهذا هو الأصل الذي انبثقت عنه نظرية التعسف .

(١) راجع في نقد « بلانيول » النظرية العامة للالتزام - ج ٢ مصادر الالتزام ص ٥١٠ وما بعدها - للدكتور أنور سلطان - الوسيط ج ١ مصادر الالتزام ص ٨٣٨ وما بعدها - للدكتور عبد الرزاق السنهوري .

ومن شائع « بلانيول » في رأيه الفقيه « سالي » حيث يقول : « إن تعبير التعسف في استعمال الحق تعبير خاطيء ، وأنه يقصد به في غالبية الأحيان انتفاء الحق ، وليس اساءة استعماله ، وأن الحق الذي يتعسف في استعماله ليس إلا رخصة غير داخلية في نطاق الحق المدعى به ، » (٢) .

على أن فقهاء القانون قد ردوا عليه أيضاً بما يقترب من هذا الرد الفقهي في الشرع الاسلامي - وهو منبت النظرية الأول - حيث قالوا :

« لا مانع مطلقاً من أن يكون عمل الانسان مشروعاً ، أي مرتكزاً على حق ، كحق الملكية ، وداخلاً في نطاقه وحدوده التي رسمها القانون ، وغير مشروع ، بمعنى مخالفته للمبادئ والقواعد القانونية العامة .

رأي اسمان Esmein

يرى اسمان ، ان نظرية التعسف غير منطقية فضلاً عن انها خطيرة . اما انها غير منطقية ، فلأنها متناقضة مع المبادئ القانونية ؛ لأن ركن « الخطأ » المولد للمسئولية التقصيرية لا يتوافر الا في حالة العمل غير المشروع ، على حين أن استعمال الحق في الحدود التي وضعها القانون لا يمكن أن يكون غير مشروع ، مهما تكن نية صاحبه عند استعماله ؛ لأننا لو سلمنا بأن الحق اذا استعمل بسوء نية أدى الى قيام المسئولية ، فقد ينتهي هذا بنا الى إحلال الخطأ الأدبي محل الخطأ القانوني ، والى الخلط بين علم القانون وعلم الأخلاق (١) .

وأما وجه كونها خطيرة ، فلأن فتح المجال أمام القضاة للبحث عن النية ، يؤدي الى تحكمهم وتقديرهم الكيفي ، فنجعل للقاضي بذلك سلطاناً فوق سلطان القانون ؛ إذ يستطيع أن يقول : إن هذا مقصود فيه الاضرار ، أو

(٢) سالي النظرية العامة في الالتزامات ص ٣٧٢ .

(١) المطول العملي للقانون المدني لبلانيول - ج ٦ - نبذة ٥٧٤ .

إنه يشكل إساءة استعمال الحق حتى من غير قصد ، وفي هذا خطر على الناس والقانون^(١) .

وهكذا نرى الفقيه « اسمان » قد أسس نقده للنظرية على أساس الخلط بين القانون وعلم الأخلاق ، وما قد يؤدي إليه من تحكم القضاة عند البحث عن النية التي صحت استعمال الحق^(٢) .

ويمكن الرد على هذا النقد من وجوه :

الأول : ان المسؤولية عند التعسف في استعمال الحق اذا كانت مبناها « الخطأ » فمعنى ذلك أن القاضي لم يمنح ساطة جديدة ، بل هو مدعو الى مباشرة حقه الذي خولته إياه النصوص القانونية الخاصة بالمسؤولية التقصيرية^(٣) .

الثاني : ان القانون أباح للقاضي في مواضع عديدة البحث عن النية ، دون أن يخشى مغبة ذلك من التحكم المزعوم .

الثالث : لا تنافي بين القواعد الخلقية والقانون ؛ لأن هذه الأخيرة ليست الا قواعد خلقية مصحوبة بالجزاء .

ويقول الفقيه « جوسران » في هذا الصدد :

« ان هذه الحدود - اي بين القاعدة الخلقية والقاعدة القانونية^(٤) - لم توجد قط إلا في مخيلة بعض الفقهاء ، والدليل على ذلك ما في التعاريف التي وضعوها لهذين العلمين - علم الاخلاق وعلم القانون ؛ لتوضيح الفرق بينهما - من بعد عن

(١) الوجيز في الحقوق المدنية - ج ١ ص ٣٢٦ - للدكتور عبدان القوتلي .

(٢) مجلة القانون والاقتصاد - مارس سنة ١٩٤٧ - العدد الاول - السنة السابعة عشرة .

- بحث في التعسف في حق الملكية ص ٩٤ وما بعدها - الدكتور انور سلطان .

(٣) المرجع السابق .

(٤) وهذا يؤيد اتجاه الفقه الاسلامي في مزجه بين الخلق والتشريع .

الدقة ، وتستنوع بوضع الحيرة التي فيها أصحابها ، والعنت الذي يلاقونه في الفصل بين هاتين الفكرتين المنتميتين إلى كل واحد ؛ إذ مبادئ القانون ما هي إلا مبادئ الاخلاق بالقدر الذي يصحبها فيه جزاء ، وعلم الاخلاق ما هو إلا البودقة التي يصاغ فيها القانون عن طريق التشريع والعرف والقضاء^(١) .

وهكذا نرى الفقيه الكبير - جوسران - يؤكد أن العنصر الخلقي هو العامل الاول في صنع القانون .

إذا ثبت هذا ، أمكن القول بأن الفقه الاسلامي يعتبر من الطراز الاول في هذا الباب ، لان الدعامة الخلقية^(٢) تمثل الحجر الاساسي في فلسفته ، ومن هنا وجدت نظرية التعسف فيه تربة خصبة ، فنمت وترعرعت على نحو لم يتبع لها أن تجده في فقه أو تشريع غيره .

الرابع : على أن القاضي لا يعمل بشكل كيفي من غير قيد ؛ بل هو مقيد بأسس وقواعد معينة ، فلماذا نخشى سلطة القاضي في مفهوم التعسف فقط ، ولا نخشاها في سائر المبادئ والأحكام الاخرى !!؟

هذا ، والفقيه « اسمان » يعترف بأن استعمال الحق قد يؤدي الى قيام مسؤولية صاحبه اذا ترتب عليه تعطيل حق شخص آخر ، كحالة الاضراب الذي يقوم به العمال ؛ لحمل رب العمل على طرد عمال غير منتمين الى النقابة ؛ إذ في هذا الاضراب تعطيل لحق رب العمل ، واعتداء على حرية العمل .

(١) روح الحقوق ونسبيتها - نبذة ٢٥٤ - جوسران .

(٢) انظر الدعامة الخلقية في الفقه الاسلامي وأثرها في تقييد الحق - ص ٨٨ وما

بعدها من الكتاب .

المبحث الثاني

فقهاء القانون المؤيدون لنظرية التعسف وآراؤهم في تحديد معياره

لم يكتب لأراء الفقهاء المناهضين لنظرية التعسف البقاء ولا النجاح ؛ اذ قد رجحت كفة الآراء المؤيدة لها ، وساعد على ذلك ظروف الحياة الجديدة التي لم تعد تتفق وما تقضي به نظرية الحق المطلق .

على أنا كنا قد أشرنا الى أن معظم فقهاء القانون متفقون على ضرورة تقييد الحق ؛ بالنظر لما تقتضيه العدالة وقواعد الاخلاق ، وظروف الحياة المستحدثة .

ولكن هؤلاء الفقهاء - فيما يبدو - لم يجمعوا على مفهوم واحد للتعسف ، أي لم يتفقوا على معيار أو مقياس عام يتميز به التعسف عن غيره ، ويتحقق به . والواقع ، أن المستقرىء لنظراتهم في شأن هذا التحديد ، يلمس اثر الصراع القائم بين المذاهب الفردية والمذاهب الاشتراكية ، أو بين القائلين بالمعيار الشخصي ، والقائلين بالمعيار المادي .

ونعرض فيما يلي لهذين المعيارين الرئيسيين ، وما ينبثق عن كل منهما من حالات أخرى تعسفية ، ترتد الى المعيار الاصيل ، ثم نجري مقارنة فيما بينها من جهة ، ومقارنة أخرى بينها وبين ما استقر في الفقه الاسلامي من معايير من جهة أخرى .

المعيار الشخصي أو الذاتي : Subjectif

يقوم هذا المعيار على « نية الاضرار » أو قصد الاضرار الذي يتوافر لدى صاحب الحق إبان استعماله لحقه ، فيجب البحث عن هذا القصد ، والتحقق من أن الشخص إنما استعمل حقه بنية الاضرار بغيره ، وعلى ذلك ، لا عبوة بالاضرار اللاحقة بالغير من جراء استعمال الحق إذا لم تكن مقصودة ؛ لان معيار التعسف هو قصد الاضرار فحسب ، ولم يوجد .

والواقع ، أن هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف ، فقد عرفته الشرائع القديمة كما قدمنا ؛ ولذا فهو يمثل التعسف في صورته البدائية الضيقة ^(١) .

وتعليل هذا المعيار واضح ، وهو أن الحقوق إنما شرعت لجلب نفع أو دفع ضرر ، فإذا هي استعملت مجلبة للشر أو وسائل للبغي ، وإيقاع الضرر والاذى بالغير ، انسلخ عن هذا الاستعمال صفة المشروعية .

وهذا المعيار عام ينطبق على جميع الحقوق .

الا أن الفقيه « جوسران » لا يرى الاخذ بهذا المعيار بالنسبة لما يسميه بالحقوق التقديرية ، أو المطلقة ، أي التي تخضع في استعمالها لحض تقدير أصحابها ؛ فلو استعملت هذه الحقوق بغية الاضرار بالغير لا يتحقق التعسف في نظره ، وبالتالي لا تثور المسؤولية ، وذلك كحق الإيذاء والطلاق ؛ فيمكن أن تستعمل هذه الحقوق لأي غرض كان ، دون أن يوجب ذلك مسؤولية صاحبها ^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٠٧ - محاضرات في النظرية العامة للحق - الدكتور إسماعيل غانم ص ١٦٧ .

(٢) روح الحقوق ونسبتها - نبذة (٢٦٩) جوسران .

وقد ذكرنا أن الشريعة الإسلامية قد نصت على تحريم استعمال حق الإيصال بالذات بقصد الإضرار ، ويعتبر هذا النص أصلاً من أصول التعسف يقاس عليه غيره ^(١) .

كما أن حق « الطلاق » لا يعتبر تقديرية مطلقاً في نظر الشرع الإسلامي ، وأبين دليل على ذلك ، توريث المبتوتة في مرض الموت على رأي الصحابة وجمهور الفقهاء ، معاملة « للفار » بنقيض قصده ، أي جزاءً على تعسفه في استعمال حق الطلاق ^(٢) .

هذا ، وقد ذهب الفقيه « بيفنوار » إلى أن « حق الملكية » - وهو أخطر الحقوق وأجلها شأنًا - تقديرية مطلق ^(٣) .

فيجوز لصاحبه أن يستعمل ما يحوله هذا الحق من سلطات لأي غرض ، ولو بنية الإضرار بالغير ، ويؤخذ على هذا الرأي وسابقه ، أن التفرقة بين الحقوق يجعل بعضها تقديرية والآخر مقيداً ، لا تقوم على أساس يبررها ، فهي تفرقة تحكمية ؛ ولذا رأينا التقنين المدني في الجمهورية العربية المتحدة وغيرها من البلاد العربية لا يعتد بهذه التفرقة ؛ اذ يجعل نظرية التعسف مبدءاً عاماً منبسطاً على جميع الحقوق .

على أن هذا المعيار قد نص عليه الشرع الإسلامي في الكتاب الكريم بصدد استعمال حق الإيصال ، والرضاع ، والرجعة ^(٤) ، كما نص عليه علماء الأصول وأصحاب كتب القواعد ، من مثل الشاطبي ^(٥) وابن رجب الحنبلي ^(٦) .

(١) راجع أدلة النظرية من الكتاب الكريم ص ٣١٨ وما بعدها .

(٢) راجع أدلة النظرية من فقه الصحابة ص ٣٨٩ وما بعدها - المرجع السابق .

(٣) الملكية والعقد - ص ٨٠٧ وما بعدها - بيفنوار Bufenoir

(٤) راجع الأدلة التي تثبت للنظرية من الكتاب الكريم ص ٣١٨ وما بعدها -

وانظر معايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي ص ٤٦٨ وما بعدها - المرجع السابق .

(٥) الموافقات ج ٢ ص ٣٤٩ .

(٦) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٥ .

ولما كان الاقتصار على الاخذ به — ذا المعيار — قصد الاضرار — يضيق من نطاق النظرية ، ويشل عملها ؛ لعسر الوقوف على هذا القصد ؛ باعتباره عنصراً نفسياً خفياً ، ادخل الفقهاء — الفرنسيون خاصة — حالات أخرى للتعسف ، ترتد الى هذا الاصل ، وهي :

انتفاء المنفعة ولو لم يثبت قصد الاضرار

هذا المعيار يعتبر قرينة دالة على معيار قصد الاضرار ، وتابعاً له ؛ لان من يستعمل حقه دون أن يثبت توحيه لمصلحة جدية تعود عليه ، ويلحق بغيره — في الوقت نفسه — ضرراً ، يعتبر متعسفاً ؛ لان استعمال الحق دون منفعة قرينة على أنه لم يقصد سوى الاضرار بغيره ، فنية الاضرار مفترضة في هذه الحال — وهذا المعيار الفرعي قد جاءت به الشريعة الاسلامية ، وأورد الفقهاء له تطبيقات عدة . (٤) .

وبحسب الضرور أن يثبت الضرر وعدم وجود نفع لصاحب الحق ، دون أن يُثبت قصد الاساءة ، وعلى المدعى عليه أن يثبت العكس ؛ لينجو من المسؤولية .

والواقع ، أن مثل هذه الحالة ، تعتبر أقرب الى المعيار المادي ؛ لأن نية الاضرار مستخلصة من انتفاء المنفعة .

(٤) المدونة ج ١٥ ص ١٦٥ — تبصرة الحكم ج ٢ ص ٢٧٠ — البهجة شرح التحفة ج ٢ ص ٣٣١ للتسولي — بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٤ — وراجع ادلة النظرية من فقه الصحابة في قضاء عمر في قضية محمد بن مسلمة ص ٣٨٩ وما بعدها من الكتاب — تكملة فتح القدير ج ٦ ص ١٥٤ — كتاب الخلاف في الفقه الجعفري ج ٢ ص ٢٤٤ — معين الحكم ص ٢٤٤ — الموافقات للشاطبي ج ١ ص ٢٩٠ ؛ وفي هذا يقول الشاطبي : « انا لو أعلننا السبب هنا ، مع العلم بان المصلحة لا تنشأ عن ذلك السبب ، ولا توجد به ، لكان ذلك نقضا لقصد الشارع في شرع الحكم ؛ لان السبب هنا يصير عبثاً ، والعبث لا يشرع ؛ بناء على القول بالمصالح » .

هذا ، ويلحق بعض الفقهاء حالة وجود مصلحة تافهة لا تستحق الذكر بهذا المعيار ، ولو أبدى صاحب الحق أنه قصدها .

لا يقال : إن مثل هذه الحالة تدخل في معيار تمحض قصد الاضرار ؛ لأننا نقول ، إن تفاهة المصلحة لا يعني ضآلتها أو قلتها ، وإنما يعني أنها من التفاهة بحيث لا تستحق الذكر ، أما معيار التوازن فيفترض فيه - على الأقل - أن تكون المصلحة المقصودة أكثر من تافهة .

هل يعتبر الإهمال وعدم التحرز معياراً تابعاً للمعيار الذاتي

يرى الفقيه البلجيكي « بودان Beudant » أن « التعسف » يتحقق في حالتين :

الاولى : استعمال الحق لمجرد قصد الاضرار .

الثانية : استعمال الحق بإهمال ودون تبصر ، بحيث لو استعمله بيقظة الرجل المعتاد ، وفي الظروف عينها ، لما وقع الضرر .

والحالة الثانية هذه ، ترتد - في نظر بعض الفقهاء ^(١) - الى المعيار الذاتي أو الشخصي الصرف ؛ لان عدم التحرز أو الإهمال متعلقان بالإرادة ؛ إذ هما الوجه السلبي لها .

والواقع ، أن هذا المعيار - الإهمال وعدم التحرز - ينبغي اعتباره موضوعاً مادياً ؛ لعدم ثبوت القصد الى الاضرار .

والخلاصة : أن الفقهاء أدخلوا مجالات للتعسف اعتبروها متفرعة عن تمحض قصد الاضرار ، أو تابعة له ، ولعل أهمها انتفاء المنفعة مع إلحاق الضرر بالغير ، متى كان صاحب الحق على بيّنة من ذلك ؛ فالمعيار الذاتي إذن يقوم على نية الاضرار الثابتة أو المفترضة ، وإن كانت الوسيلة لاثبات هذه الأخيرة أقرب الى المعيار المادي ، كما في معيار انتفاء المنفعة ولو لم يثبت قصد الاضرار .

(١) التعسف في استعمال الحق - ص ٨٧ - حسين عامر .

المعيار المادي او الموضوعي

يرى أصحاب هذا المعيار ، أنه من العسير البحث عن القصد أو النية وتبينها فضلاً عن أن ذلك يفسح المجال امام القضاء للتحكم ، كما لا يتوقع من صاحب الحق أن يقر بقصد الاضرار هذا ، وبذلك تقل أهمية هذه النظرية باعتمادها على المعيار الذاتي وحده ، لمنع الاعمال التعسفية ، او غير الاجتماعية ، ويضيق من مجال تطبيقها لذا ؛ ذهب فريق من الفقهاء الى الاخذ بالمعيار المعادي ؛ غير أنهم لم يتفقوا على نظرية في شأن هذا المعيار .

فذهب الاستاذ « سالي » Salielles الى أن علة التعسف تتحقق في الاستعمال غير الطبيعي أو العادي للحق L'exercice anormal du droit والظروف والبيئة بما فيها العرف ، هي التي تحدد ما اذا كان الاستعمال عادياً أم غير عادي^(١) والمقصود بهذا الاخير الاستعمال الذي ينافي الغرض الاجتماعي والاقتصادي من الحق ، بغض النظر عن نية صاحبه .

والى هذا ذهب الاستاذ « جوسران » Josseland ؛ إذ يرى أن التعسف هو استعمال الحق على وجه ينافي الغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي شرع من أجله .

ويفهم من هذا ، أن الحق شرع وسيلة الى ذلك الغرض ، وليس غاية في ذاته .

على أن « جوسران » يعتبر الحق بذاته وظيفة اجتماعية ؛ لان الحقوق - بما هي متفرعة عن القانون - يجب أن تتسم بطابعه ، والقانون ليس إلا قاعدة اجتماعية الزامية ، فكانت الحقوق اجتماعية في نشأتها ، وروحها ، والغرض منها ،

(١) النظرية العامة للالتزام - ج ١ - مصادر الالتزام ص ١١٠ وما بعدها -
للدكتور انور سلطان .

وإذا كانت الجماعة قد منحت الافراد هذه الحقوق ؛ فلكي تكون في أيديهم وسائل أمن وعمل لصالح الجماعة ، ولا يتم ذلك الا عن طريق استعمالها على الوجه الذي يحقق الغرض منها ؛ حتى اذا خرج ذو الحق عن هذا الهدف ، كان متعسفاً ؛ لمخالفته روح الحق والغرض الاجتماعي منه « but Social » .

فحق الملكية مثلاً ليس إلا وظيفة اجتماعية Fouction Social ذلك ؛ لأن الفرد لم يمنح السلطات التي يباشر بها هذا الحق ، إلا ليتغذىها وسيلة لتأمين بناء المجتمع وراحته أولاً ، ومن هنا كان لازماً عليه أن يمارسها في حدود تلك المصلحة العامة ، لا يخالفها .

ثم لما شعر « جوسران » أن هذا المعيار من التجريد والسعة وعدم التحديد بحيث يعسر تطبيقه في القضاء ، فضلاً عن اتاحة الفرصة - بسبب هذا التجريد والسعة - لتحكم القضاء . قال : « إنه بالإمكان أن يستعان على معرفة انسجام الوجه الذي استعمل فيه الحق مع الغرض منه ، او مع روح القانون ، بالبحث عن الدافع أو الباعث المشروع Le motif Légitime حتى اذا انعدم الدافع المشروع لديه ، كان متعسفاً ؛ لانه خرج عن الغاية الاجتماعية للحق ؛ فلا بد أن يكون الدافع ملائماً لروح الحق والغرض منه »^(١) .

وهذا المعيار - الخروج عن الغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق - قد أخذ به الاستاذ جني وريبير وهريو وباريتي وغيرهم^(٢) ، ويمكن أن يرد اليه - في نظر جوسران - جميع المعايير التي قال بها الفقهاء : من مثل « قصد الاضرار » أو « انعدام المصلحة المشروعة » أو مباشرة الحق بما يلحق ضرراً بالغير دون منفعة لصاحبه ، أو الاستعمال غير الطبيعي للحق .

(١) المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية - ج ١ ص ١١٩ - للدكتور سليمان مرقس .

(٢) النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ٥١٣ - للدكتور انور سلطان .

وخلاصة هذا المعيار ، أنه يقيم التعسف على فكرة التحايل على الوظيفة الاجتماعية للحق»^(١) .

تقرير نظرية «هوسرل»

يؤخذ على هذه النظرية ما يلي :

أولاً : أنه أقام هذا المعيار على أساس أن الحق بذاته وظيفة اجتماعية ، وأن المصلحة العامة هي المنظور اليها في تقرير هذا الحق ، لا المصلحة الخاصة ، وقد بينا ما يؤدي اليه هذا النظر من افتتات على شخصية الفرد وصالحه الخاص ، مما يخل بالتوازن الذي يجب الحرص على إقامته في كل حق فردي ، محافظة على صالح الفرد وشخصيته وكيانه - هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، فإن تحويل الحق بذاته الى وظيفة اجتماعية بحيث يصبح صاحبه مجرد وكيل ، او موظف ، يمارس سلطات محددة ، اي يشغل مركزاً قانونياً معيناً يفرض عليه التزامات إيجابية وسلبية ، أقول : إن تحويل فكرة الحق الى ذلك ، هو - في الحقيقة - إلغاء لها ، في حين أن فكرة الحق - بما يحول صاحبه من سلطات يمارسها من أجل صالحه الذاتي أولاً - تعتبر دعامة أساسية يقوم عليها التنظيم التشريعي قديماً وحديثاً ، اللهم إلا التشريعات التي تقوم على الفلسفات التشريعية المتطرفة ، والتي تعتبر الفرد مجرد آلة اجتماعية ، أو عنصر تكوين^(٢) لا يعمل لصالحه الخاص ؛ بل لصالح الجماعة ، ولا يخفى ما في هذا النظر من تطرف وتجاهل لمكونات الواقع .

هذا ، وقد بينا أن للشريعة الإسلامية ، ترى في الحق عنصراً مزدوجاً^(٣) : فردياً وجماعياً معاً ، وتحافظ على إقامة التوازن بينهما ، بما قرره من مبادئ

(١) المرجع السابق .

(٢) راجع ص ٤٨ وما بعدها من الكتاب .

(٣) المرجع السابق ص ٢١٦ وما بعدها .

تشريعية ، وقواعد فقهية ، وقد بدا مظهر هذا التوازن في نظرية التعسف في استعمال الحق التي قيدت الحق ، فلم تجعله فردياً مطلقاً خالصاً ، كما أنها لم تُتغ فكرة الحق ، بتحويلها بذاتها الى وظيفة اجتماعية ، وبذلك كان لها الفضل الأكبر في الإبقاء على فكرة الحق والحفاظ على شخصية الفرد ، أقول قيدته بما لا يضر بالغير من الفرد أو الجماعة ، وبما يصون مقاصد الشرع في الخلق ، وتلك هي الوظيفة الاجتماعية للحق ؛ وبذلك لم يكن الحق في نظر الشريعة وظيفة اجتماعية ؛ بل له وظيفة اجتماعية ، وفي رأينا أن هذا تشريع يؤيده العدل والمنطق ، فضلاً عن أنه لا يتجاهل مكونات الواقع^(١) .

ثانياً - أما المعيار الذي أتى به الفقيه « جوسران » فهو ذو مفهوم عام مجرد واسع وغير محدود ، وذلك بما يعسر تطبيقه في القضاء ، كما يفتح باب الأهواء الشخصية للقضاة ؛ لأن كل قاضٍ ينظر الى الغاية الاجتماعية للحق بمنظاره الشخصي ، وبمقتضى معتقده الحزبي أو السياسي ، ولا يخفى ما في ذلك من خطرٍ على الحقوق ، وبلبلة لا يستقيم معها ميزان العدل .

ولهذا ، رأينا « جوسران » يدعو الى الاستعانة بالبائع النفسي ؛ ليأخذ قرينة على مجافاة استعمال الحق لغايته وروحه والغرض منه ، وهو « انعدام الدافع المشروع » .

ثالثاً - هذا المعيار قاصرٌ عن استيعاب جميع حالات التعسف ؛ لأنه لا ينطبق على مضار الجوار غير المألوفة ، أو الضرر الفاحش ، ذلك المعيار الذي استقر في الفقه الاسلامي^(٢) ، وقتنته^(٣) بحلة الاحكام العدلية .
ووجه عدم انطباقه ، أن مالك العقار قد يستعمل حقه استعمالاً عادياً

(٣) انظر ص ٢١٦ وما بعدها من الكتاب - في الصفة المزدوجة - وفي المقصود من المصلحة التي شرع من اجلها الحق .

(١) تبين الحقائق - للربيعي - ج ٤ - ص ١٩٦ .

(٢) بحلة الاحكام العدلية من المادة (١١٩٨ - ١٢١٢) .

متوخياً في ذلك المصلحة او الغاية الاجتماعية منه؛ بل وقد يساهم في تنمية الاقتصاد الوطني ، ومع ذلك يكون متعسفاً ، اذا ما نتج عن ممارسته لحقه هذا - ولو بدون قصد منه - أضراراً فاحشة بالغير ، وضربنا لذلك مثلاً ، اقامة مصنع في ظاهر المدينة ، لا يلبث أن ينشأ حيٌ للسكن فيما حوله ، بحيث يُضحي وجود المصنع مبعثاً لأضرار فاحشة تعطل الانتفاع المقصود من عقاراتهم .

ولكن « جوسران » يجيب على هذا ، بأن مضار الجوار غير المألوفة تشكل تجاوزاً على حدود الحق لا تعسفاً في استعماله ، والى هذا ذهب الدكتور البنهوري في الوسيط ^(١) - وسيأتي التحقيق في هذا في بحثنا للتعسف في القانون المدني الجديد في الجمهورية العربية المتحدة ، إن شاء الله .

معار انعدام المصلحة المشروعة ^(٢)

وهذا المعيار في الواقع يندرج تحته عدة حالات للتعسف منها :

أولاً - استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير .

ثانياً - استعمال الحق حالة انتفاء المنفعة لصاحبه ، وعدم ثبوت قصد الإضرار .

ثالثاً - حالة تخيُّر صاحب الحق أكثر الطرق ضرراً بغيره ، دون فائدة تعود عليه ، على حين أن له ندحة عن ذلك الى طريق أخرى لا يلزم عنها هذا الضرر ، ولا يتضرر صاحب الحق في الانتقال اليها .

رابعاً - استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة .

وقد انتقد هذا المعيار الأخير الأستاذ « جوسران » فذهب الى ان المتبادر

(١) ج ١ فقرة - ٦٣ .

(٢) « وقد اخذ بهذا المعيار الأستاذ سالي . . الى جانب غيره من المعايير ، كلاستعمال غير العادي للحق ، أو الخروج عن الغاية الاجتماعية والاقتصادية للحق ، واخذ به ايضا الأستاذ - « بردسى » « ومارتن » - النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ٥١٢ الدكتور انور سلطان .

من المصلحة عرفاً ، هو المنفعة الشخصية ، وبهذا التفسير للمصلحة ، يصبح المعيار قاصراً عن استيعاب حالات التعسف « في الحقوق الغريبة » التي لا يجني أصحابها منافع شخصية لذواتهم .

ويمكن الرد على ذلك ، بمنع هذا المعنى ، لم لا يقصد بالمصلحة المشروعة هنا ، المصلحة التي قورها الشارع للحق ، سواء أكانت راجعة لصاحبه أم لغيره^(١) ؟

ولعل هذا المعيار مشتق من تعريف الحق « لإهرنج » ، بأنه « مصلحة يحميها القانون »^(٢) ولا يحمي القانون إلا المصلحة المشروعة ، فاستعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة ، أو دون فائدة ؛ بل لمجرد الأضرار ، أمر لا يحميه القانون .

نظرة عامة في المعايير التي قال بها مؤيدو النظرية من فقهاء القانون

الواقع ، أن هذه المعايير - وإن بدا بعضها ذا مظهر مادي - إلا أنها تمتد إلى المعيار الذاتي أو الشخصي ، « فجوسران » يقيم التعسف على أساس « انعدام الدافع المشروع »^(٣) و « سالي » و « جني » وغيرهما ، على أساس انعدام المصلحة غير المشروعة « وبيفتنوار » يقيما على أساس « نية الأضرار بالغير »^(٤) . وبذلك بدا قصور هذه المعايير ، بالنسبة لما أصل الفقه الإسلامي لهذه النظرية^(٥) من معايير ذاتية وموضوعية .

(١) مجلة القانون والاقتصاد - العدد الاول - السنة السابعة عشرة - مارس سنة ١٩٤٧ ص ١٠٥ - ١٠٧ - مقال للدكتور أنور سلطان في نظرية التعسف في حق الملكية .
(٢) المرجع السابق .

(٣) لأنه يرى أنه يستعان بالبحث عن الدافع غير المشروع ، لتبين الخروج عن الهدف الاجتماعي والاقتصادي للحق .

(٤) النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ج ١ ص ٥١٢ وما بعدها - للدكتور أنور سلطان .

(٥) انظر معايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي - ص ٦٨ وما بعدها من الكتاب .

الفصل الثالث

نظرية التعسف في التشريعات الحديثة

المبحث الاول

في القوانين الاجنبية

كان للعوامل التي أثرت في تطوير مفهوم الحق في القضاء والفقهاء ، حتى انتقل من مفهومه الفلسفي الفردي المطلق الى المفهوم الاجتماعي ، مما استوجب تقييده ، اثرها في التشريعات الحديثة ايضاً ، فأخذت بنظرية التعسف في اواخر القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين ، على تفاوت بينها ، من حيث نطاق معاييرها ، ومجال تطبيقها .

اما من حيث نطاق المعايير ، فقد اقتضت بعض هذه التشريعات على المعيار الذاتي في أضيق حدوده ، وهو « قصد الاضرار » كالقانون الالماني الصادر سنة ١٨٩٦ ، والذي عمل به ابتداء من سنة ١٩٠٠ ، ومنها ما كان اكثر توسعاً في هذا المعيار ، كالقانون السويسري الصادر سنة ١٩٠٧ .

وبعضها الآخر اخذ بالمعيار المادي وحده كالقانون السوفيتي (١) .

اما تشريعات البلاد العربية ، فتكاد تتفق على معايير واحدة للنظرية ؛ فبعضها

(١) لم يفسر لنا بحث معايير النظرية في القانون المراكشي والتونسي والاردني للسرعة الكلية التي تم فيها انجاز القسم الاخير من هذا الكتاب .

أخذ بالنظرية في اوسع صورها ، كالتقنين المدني الجديد في الجمهورية العربية المتحدة ، وتبعه التقنين المدني السوري والليبي ، اما التشريع اللبناني فقد اخذ بها على سعة ايضاً ، متأثراً بفقهاء « جوسران »^(١) واضع هذا القانون ، ومحتذياً مشروع القانون الايطالي والفرنسي للالتزامات في هذا الصدد ؛ لكنه يختلف عن اولئك في انه لم يفصل في معايير النظرية ، فضلاً عن تحديدها ؛ لما يكتنف معيار الغرض انذي من اجله منح هذا الحق من ابهام وغموض .
ونتناول اولاً التشريعات الاجنبية بالشرح المقتضب والنقد :

١ — القانون المدني الايطالي :

تنص المادة (٢٢٦) منه على انه « لا يباح استعمال الحق اذا لم يكن له من غرض سوى الاضرار بالغير » .
وظاهر ، أن هذا النص لا يتيح تطبيق نظرية التعسف الا في اضيق الحدود ، وهو حالة استعمال الحق ؛ لمجرد قصد الاضرار ؛ فلو صحب هذا القصد غرض آخر لصاحب الحق كان استعماله لحقه مباحاً .

٢ — القانون المدني السويسري - المصادر سنة ١٩٠٧ :

تنص المادة الثانية من هذا القانون على انه « يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه ، وأن يقوم بتنفيذ التزاماته ، طبقاً للقواعد التي يرسمها حسن النية ، أما التعسف الظاهر في استعمال الحق ، فلا يقره القانون » .
وهذا النص لا يقصر التعسف على حالة ما اذا توافرت نية الاضرار فحسب ؛ بل يشمل حالات التعسف الاخرى التي تثور المسؤولية فيها ، بقطع النظر عن نية الاضرار .

فكان بذلك اوسع مجاًلاً من نص القانون الالماني السالف الذكر في هذا الصدد ، لولا هذا الابهام الذي يكتنف التعبير « بالتعسف الظاهر » .

(١) روح الحقوق ونسبيتها نبذة ٢١٢ - جوسران .

٣ — القانون المدني السوفيتي :

اكتفى القانون السوفيتي بالمعيار المادي وحده ، فقد نصت المادة الثانية منه على « ان القانون يكفل الحقوق المدنية ، الا ان يكون استعمالها مخالفاً للغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي وجدت من أجله » .

وهذا المعيار على ايهامه وغموضه - كما ترى - واسع غير محدود ، مما يعسر تطبيقه في القضاء ؛ فضلاً عن أنه يُفسح مجالاً لأهواء القضاء وميولهم السياسية ؛ لأن الغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق يختلف باختلاف المذاهب السياسية والاجتماعية ، وبألجلة ، يرد عليه ما أوردناه على نظرية « جوسران » . وعلى ذلك يعسر الاخذ به كمعيار لنظرية التعسف في جميع دول العالم .

٤ — القانون المدني البولوني :

جاء في المادة (١٣٥) منه « ان كل من يلحق عن قصد او اهمال ضرراً بالغير وهو يستعمل حقاً من حقوقه ، يكون ملزماً بضمانه ، اذا كان قد تجاوز في استعماله حدود حسن النية ، او الهدف الذي من اجله منح هذا الحق » . فالمادة تشترط - كما هو ظاهر - أن يكون الضرر ناشئاً عن « قصد او اهمال » متى كان في استعمال الحق تجاوزاً لحدود النية الحسنة ، او للهدف الذي من اجله وجد الحق ، وهذا دون شك يضيق من نطاق معايير التعسف ؛ اذ لم يفصل فيها كما هو الشأن في الفقه الاسلامي ، بل اكتفى بهذا الابهام الذي يكتنف تعبيره « بالهدف الذي من اجله وجد الحق » .

٥ — مشروع القانون الفرنسي - الايطالي لهولنزامات :

فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (٧٤) منه انه « يعتبر متعسفاً كل من يلحق ضرراً بالغير ، متجاوزاً في استعماله حقه حدود النية الحسنة ، او الهدف الذي من اجله اعطي هذا الحق » .

وظاهر أن هذا النص « متى كان في استعمال الحق تجاوز لحدود حسن النية او للهدف الذي من أجله وجد الحق » كسابقه في القانون البولوني ، ويرد عليه ما اوردنا على ذلك من تضيق مجال معايير النظرية الذي يترتب عليه تضيق مجال تطبيقها ؛ فضلاً عن تعسره في القضاء ؛ بالنظر لما يكتنفه من ابهام .

المبحث الثاني

نظرية التعسف في تقنيات البلاد العربية

١ - القانون المدني اللبناني^(١) :

تنص المادة ١٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على انه « يلزم ايضاً بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه - اثناء استعمال حقه - حدود حسن النية، او الغرض الذي من اجله منح هذا الحق ».

Doit reparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant , dans l'exercice de son droit , les limites fixées par la bonne foi ou le but en vue duquel ce droit lui a été conféré .

وهذا النص يقرر نفس ما يقرره مشروع القانون الفرنسي - الايطالي للالتزامات ، كما قدمنا ، وهو بعمومه يشمل المعيارين الذاتي - والموضوعي ؛ فيعتبر الشخص متعسفاً اذا استعمل حقه بنية الاضرار بالغير، او استعمله لغرض يخالف الغرض الذي من اجله مشرع هذا الحق ، اياً كان هذا الغرض الاخير ، اقتصادياً او اجتماعياً او سياسياً او غير ذلك^(٢) .

(١) من المعروف ، ان واضع القانون اللبناني الفقيه الفرنسي « جوسران » .

(٢) انظر الدكتور صبحي الحمصاني - ج ١ ص ٥٤ - الدكتور خليل جريج =

غير ان هذا المعيار الاخير واسع غير محدد ، ولو جنح القانون اللبناني الى التفصيل في معايير النظرية صنع قانون الجمهورية العربية المتحدة لتفادي بذلك التضييق من معايير النظرية وابهام بعضها .

٢- القانون المدني الجديد للجمهورية العربية المتحدة :

اخذ القانون المدني الجديد في الجمهورية العربية المتحدة بنظرية عامة للتعسف في استعمال الحق ، واستعان في صياغتها بما استقر في الفقه الاسلامي من اصول تقوم عليها هذه النظرية ، الى جانب استهدائه بالمذاهب الفقهية الحديثة ، ونصوص الشرائع الوضعية^(١) .

وفي ذلك تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي « ان المشرع قد وضع بذلك « دستوراً لمباشرة الحقوق : أُلّف فيه بين ما استقر من المبادئ في الشريعة الاسلامية ، وبين ما انتهى اليه الفقه الحديث في نظرية التعسف في استعمال الحق ؛ ولكن دون أن يتقيد كل التقيد بمذاهب هذا الفقه ، وبذلك اتيح له ، أن يمكن للنزعة الاخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة ، وان يصل بين نصوصه وبين الفقه الاسلامي في أرقى نواحيه ، واحفظها بعناصر المرونة والحياة »^(٢) .

ولقد أحل التقنين المدني الجديد هذا نظرية التعسف مكاناً بارزاً بين نصوصه التمهيديّة ؛ اهتماماً بشأنها ؛ وللدلالة على عموميتها وشمولها لجميع انواع الحق ، شخصية كانت ام عينية^(٣) .

ص ٥٣ وما بعدها المسؤولية المدنية ص ١٣٢ - للدكتور سليمان مرقس - الوجيز في

الحقوق المدنية - للدكتور عدنان القوتلي ص ٣٢٢ ، ص ٣٢٤ .

(١) اصيرل القانون - ص ١٠٨٤ - للدكتور حسين كبره .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ٢١١ .

(٣) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي :

« بيد أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكاناً بارزاً »

النصوص القانونية لنظرية التعسف :

تنص المادة (٤) منه على أن :

١ - « من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر » .

ويفهم من هذه الفقرة تقريرها لمبدأ تقييد الحق ونسبته ، وعدم المسؤولية عن الاضرار التي قد تنشأ عن الاستعمال المشروع للحق ، ولما كان الاستعمال التعسفي غير المشروع ، هو الذي تقترب عليه المسؤولية إذا نشأ عنه ضرر ، حددت معاييرها في المادة الخامسة كما يلي :

أ - إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

ب - إذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

ج - إذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة^(١) .

وظاهر أن المشروع قد أخذ بكلا المعيارين : الشخصي والموضوعي ؛ غير

= بين النصوص التمهيدية ؛ لان لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون ، دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع . وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها الى قواعد المسؤولية التقصيرية ؛ بسبب قصور النصوص ؛ فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة ؛ بل شمل التطبيق نواحي القانون قاطبة ؛ فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الاحوال الشخصية ، كما تنطبق على الروابط المالية ، وأنها تسري في شأن الحقوق العينية ، سرياناً في شأن الحقوق الشخصية ، وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص ، بل تجاوزها الى القانون العام ، ولذا أثر المشروع ان يضع هذه النظرية وضعا عاما - مجموعة الاعمال التحضيرية وما بعدها ص ٢٠٧ .

(١) اخذ القانون المدني السوري بنظرية التعسف ، ونص عليها في الباب التمهيدي في المادتين الخامسة والسادسة ، ونصوصها مأخوذة بجزئيتها عن أصله القانون المدني ، للجمهورية العربية المتحدة .

ان المشروع التمهيدي قد نص على معيارين آخرين قد استقرا في الفقه الاسلامي ،
وقننتها مجلة الاحكام العدلية ؛ ولكن المشرع لم يذكرهما ضمن معايير التعسف
التي نصت عليها المادة الخامسة وهما :

اولاً (حالة استعمال الحق استعمالاً يتعارض مع مصلحة عامة جوهرية .
وهذا معيار مادي قد نص عليه الاصوليون والفقهاء في مواطن عدة من
كتب الاصول والفقه^(١) ، وهو معيار يحفل بالآثار المادية للتصرف ، اي يحفل
بمجرد واقعة الضرر ، بقطع النظر عن النية او الباعث ، ومن تطبيقاته ما يتعلق
بولاية الدولة في تقييد حقوق الافراد ؛ صيانة للمصلحة العامة ، كمنع
الاحتكار ، وكالتسعير الجبري .

ويعمل الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري عدم النص على هذا المعيار
في المادة الخامسة من القانون المدني ، بأنه « أقرب الى ان يكون خطية
تشريعية ينهج المشرع على مقتضاها ، في وضع تشريعات استثنائية تقضيها
ظروف خاصة ، من ان يكون معياراً يتخذ القاضي للتطبيق العملي في
الاقضية اليومية^(٢) .

ثانياً - التعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعمالها على الوجه المألوف .

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٥٠ اذ يقول الشاطبي « المصالح العامة مقدمة على المصالح
الخاصة » وانظر هذا المعنى أيضاً - الهداية في الفقه الحنفي ج ٤ ص ١٤٤ - والطرق
الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٣١٠ .

وقننته المجلة في أكثر من مادة - انظر المواد ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ من المجلة .
وقد شرحنا هذه المواد في القواعد المثبتة للنظرية ص ٤٠٣ وما بعدها من الكتاب .
(٢) الوسيط - ج ١ - نبذة - ٥٦٣ ص ٨٤٨ وهذا يؤيد ما كنا قد اشرنا
اليه ، من مبادئ درء التعسف في التشريع الذي يعتمد على اصل النظر في الآلات -
الموافقات ج ٤ ص ١٩٦ وما بعدها - وراجع الاصول التشريعية التي تقوم عليها
النظرية - ص ٤٠٣ وما بعدها من الكتاب .

وهذا المعيار خاص بمضار الجوار غير المألوفة ، او ما يسميه فقهاء الشريعة بالضرر البين او الفاحش ^(١) .

وقد كان المشروع التمهيدي يجعل استعمال الحق غير مشروع اذا كان « من شأنه ان يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف » ^(٢) .

التحقيق في كون الضرر الفاحش معياراً للتعسف :

الضرر الفاحش -- كما يبدو -- معيار مادي ، والفقه الاسلامي ينحصر بكيان مستقل ، بينما لا يؤكده الفقه الغربي استقلاله ؛ بل « يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة ، او يجعل منه صورة لمجاوزه حدود الحق ، يطلق عليها اسم الافراط » .

هذا ، وقد قننت المجلة -- كما قلنا -- هذا المعيار ، فنصت في المادة ١١٩٨ على ان « كل أحد له حق التعلي على حائط الملك ، وبناء ما يريد ، وليس لجاره منعه ، ما لم يكن ضرره فاحشاً » ^(٣) .

غير ان الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، يعتبر مضار الجوار غير المألوفة خارجة عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ؛ اذ يقول : « فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ؛ ليس تعسفاً في استعمال الحق ؛ بل هو خروج عن حدود الحق » ^(٤) .

ويقول في موضع آخر : « ويلاحظ ان المادة (٨٠٧) من القانون المدني

(١) تبين الحقائق - ج ٤ ص ١٩٦ راجع حقوق الجوار ص ٣٥ وراجع مبدأ العدل المطلق في الفقه الاسلامي وصلته بنظرية التعسف - في الميدان الاجتهادي ص ١٠٣ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٢) انظر المادة ١٩٩ من المجلة . وانظر التطبيقات التي أوردتها المجلة على المعيار في المواد من ١٢٠٠ - ١٢١٢ .

(٣) الوسيط ج ١ نبة (٥٦٣) ص ٨٢٩ .

الجديد^(١)، رسمت حداً لحق الملكية، ففقت ألا يغلو المالك في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار، وان للجار ان يطلب ازالة مزار الجوار اذا تجاوزت الحد المألوف، فالخروج عن هذا الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية يعتبر خروجاً عن حدود الحق لا تعسفاً في استعماله^(٢) .

ومعدة الدكتور السهوري في هذا التكيف للضرر الفاحش، او المضار غير المألوفة بالجوار، وأنها مجاوزة، ان نص المادة المذكورة قد رسم الحد لحق الملكية، فالخروج عن هذا الحد يعتبر مجاوزة لا تعسفاً .

وعندي ان نص هذه المادة^(٣) (٨٠٧) يعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف، ولا يعني النص على هذا المعيار رسم حد يعتبر تعديه مجاوزة؛ ذلك؛ لأن ثمة تطبيقات كثيرة لنظرية التعسف مبثوثة في القانون المدني، ومنصوصاً عليها، يمكن اعتبارها - جرباً على مقتضى هذا المنطق - حدوداً للحق، وتعديها مجاوزة لا تعسفاً؛ بل يمكن اعتبار « المعايير » التي حددها الشارع لنظرية التعسف في المادة الخامسة ترسم حدوداً للحق، وتعديها بالتالي يعتبر مجاوزة لا تعسفاً ايضاً، وحينئذ تنهار نظرية التعسف من اساسها، وضعف هذا الدليل يبدو من اعتبار مجرد النص على المعيار رسماً وتخطيطاً لحد الحق .

ووجه هذا الضعف، ان النص كما يكون لرسم حد الحق، يكون تطبيقاً لنظرية قانونية، أو مبدأ قانوني عام مستقر؛ فليست العبرة بمجرد النص؛ بل بماهية أو حقيقة المنصوص عليه .

والواقع، ان الضرر الفاحش، هو - في حقيقته - ثمرة أو نتيجة لفعل مشروع في الاصل، هو التصرف الفعلي في حق الملكية، وسلطة التصرف ثابتة

(١) في الجمهورية العربية المتحدة .

(٢) المرجع السابق - نبذة (٥٥١) ص ٨٣٢ ص ٨٣٣ بالهامش .

(٣) ونص المادة (٨٠٧) من القانون المدني كما يأتي (١) « على المالك ألا يغلو في

استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار .. الخ »

لذلك بمقتضى هذا الحق ، فهي مشروعة لذاتها ؛ ولكنها تصبح غير مشروعة ، بالنظر الى نتائجها غير المألوفة ، في ضوء الظروف والملابسات التي احتفت بها^(١) .
فالتحريم او المنع ينصب على الاستعمال لا لذاته ؛ لأنه كما قلنا مشروع في الاصل ؛ بل بالنظر الى نتيجته ، بدليل ان الظروف والملابسات اذا تغيرت ، بحيث اصبحت النتيجة أقل جسامه مما يحددها هذا المعيار ، بأن اصبحت مألوفة ، عاد الى الفعل مشروعته ، وليس كذلك المجاوزة ؛ لأنها اعتداء محض في جميع الظروف والاحوال ، فالفعل في المجاوزة غير مشروع لذاته ، بقطع النظر عن نتيجته وثمرته ومقداره ، بل ولو كانت ثمرته خيرة ونفعاً بالنسبة للمعتدى على حقه ؛ فانه يمنع ، كما في التصرف في ملك الغير بدون اذنه .

والخلاصة ، ان المالك الذي يتصرف في حدود ملكه ، وضمن السلطات التي منحوله اياها حق الملكية - ولو اتخذ كافة الاحتياطات ؛ لتوقي وقوع الضرر - يمنع اذا ترتب على تصرفه هذا ضرر غير مألوف بجارهِ ، لا بالنظر الى ما يمارس من سلطة ؛ لأنها مشروعة ؛ بل بالنظر لمجرد واقعة الضرر اليقين الناجمة عن استعماله^(٢) .

واضح اذن ، ان التعسف لا يتعلق بمضمون^(٣) الحق ، او ما منحوله من سلطات ؛ بل يتعلق بشمرة الفعل ونتيجته او الباعث عليه .

(١) - وليس للجار ان يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، وانما له ان يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ، على ان يراعى في ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة الى الآخر ، والغرض الذي خصصت له .

(٢) التكليف الفقهي للتعسف في استعمال الحق - ص ٢٨١ من الكتاب - وراجع الموجبات والعقود - ج ١ ص ٤٨ - الدكتور صبحي الحمصاني .

(٣) اصول القانون للدكتور حسين كبره ص ١١٣٠ ، ومن المخالفين لرأي الدكتور السنهوري في هذا الرأي الدكتور انور سلطان - مجلة القانون والاقتصاد - العدد ١/ لسنة ١٧ ص ٩٧ وما بعدها . الدكتور السعيد مصطفى السعيد رسالته - (في مدى استعمال حقوق الزوجية - ٣٦ - ٣٨ و ٤١ .

أضف الى ذلك ؛ ان الرأي قد استقر في الفقه الاسلامي على اعتباره تعصفاً لا مجاوزة ، يرشدنا الى هذا ، ان المتقدمين من الحنفية ، وكذلك الامام الشافعي^(١) والظاهرية^(٢) - لم يقيّدوا حق المالك في التصرف بملكه اذا ترتب على ذلك ضرر فاحش بمجاره خلافاً للحنابلة والمالكية ، ولو كان ذلك مجاوزة - والمجاوزة اعتداء - لما كان ثمة وجه لاطلاق الحق ، ولا وجبوا المنع اتفاقاً ، ولكن الأمر مختلف فيه كما رأيت .

وإذا كان الفقه الاسلامي يعتبر معيار الضرر الفاحش مسألة متعلقة بالحق ومدى استعماله ؛ بدليل اختلاف الفقهاء وانقسامهم بين مطلق ومقيد ، كما ذكرنا ، وبدليل ما ورد من تعليقاتهم للاطلاق والتقييد ؛ فان الارجح ان يعتبر نص المادة (٨٠٧ -) في القانون المدني تطبيقاً لنظرية التعسف ، لا صورة من مجاوزة حدود حق الملكية ؛ ووجهتنا في هذا الترجيح امور :

اولاً (ان صياغة المادة المذكورة لا تخرج عما تقرر في كتب الفقه الاجلامي ، والمعايير المذكورة فيها وردت بعينها في عبارة شرح الكنز^(٣) فالارجح - والحالة هذه - ان يكيف هذا النص على ضوء من كهدى هذا الفقه ، وهو المصدر الاصيل الذي اشتقت منه معايير التعسف في هذا القانون .

ثانياً (ان القضاء المصري - في ظل التقنين الملغى - قد برز مسؤولية المالك في هذه الحال بالتعسف ، والتقنين الجديد قد استهدى في صياغته لنظرية التعسف ومعاييرها بما استقر في الفقه الاسلامي من مبادئ واحكام ، فلا دليل يقنع على هذا التكييف الجديد للضرر الفاحش بأنه مجاوزة لا تعسف .

ثالثاً (ان معظم فقهاء القانون في البلاد العربية بمن لهم بصرفقه الشريعة الاسلامية ، يقرون بأن نص المادة المذكورة ، وما استقر من اجتهاد القضاء

(١) الام ج ٣ ص ٢٢٢ .

(٢) المحلى ج ٧ ص ٢٤١ - ٢٤٢ ، نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٦٥ .

(٣) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٤ ص ١٩٦ .

المصري في هذا الصدد كلاهما مستمد من هدى الشريعة الاسلامية^(١)، وقد رأيت
تكليف الشريعة لهذا المعيار بأنه تعسف لا مجاوزة ، ولهذا وقع الاختلاف في
شأنه كما ذكر آنفاً .

ونثبت هنا رأي واحد منهم على سبيل المثال - حيث يقول في صدد استبعاد
المعيارين اللذين وردا في المشروع التمهيدي من نطاق نظرية التعسف .

(١) انظر شرح القانون المدني في الحقوق العينية الاصلية - الدكتور عبد النعم
البدراوي - (نبذة ٨١) وما بعدها - اصول القانون ص ١١٣٠ - للدكتور حسن
كبره ، شرح القانون المدني الجديد - الحقوق العينية الاصلية ج ١ نبذة (٢٧٦)
للدكتور محمد كامل مرسى - مدى استعمال الحقوق الزوجية ص ٣٦ ، ٣٨ ، ٤١ ، الدكتور
السعيد مصطفى السعيد .

مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة عشرة بالعدد الاول ص ٩٣ و ٩٤ - الدكتور
انور سلطان - ومن فقهاء القانون العراقيين : الدكتور صلاح الدين الناهي -
محاضرات عن القانون المدني العراقي - ١٣٤٠ - الاستاذ حامد مصطفى - الملكية
العقارية في العراق - ص ٦٨ وما بعدها .

الدكتور حسن الذنون - الحقوق العينية الاصلية ص ٣٧ .
- ومن فقهاء لبنان الدكتور صبحي المحمصاني - النظرية العامة للوجبات والعقود
في الشريعة الاسلامية ج ١ ص ٤٤ .

- ولكننا لانوافق الدكتور المحمصاني على تقسيمه الضرر الفاحش الى نوعين :
نوع فيه مجاوزة الى حقوق الآخرين ، كالاصوات والدخان وطرق الحديد ،
وآخر لا يخرج عن حدود استعمال الحق العادي ، اذ لم نر تبريراً لهذا التقسيم ،
كما لم نر احداً من فقهاء المسلمين من قال بذلك ، وكل ما قالوه في هذا الصدد ، ان
الضرر الفاحش : هو ما يمنع الحوائج الاصلية ، يعني المنفعة الاصلية المقصودة من البناء
كالمسكن ، أو يضر بالبناء ، أي يجب له وهنا ، ويكون سبب اهدامه .
وما دام الضرر الفاحش ناشئاً عن تصرف في الحدود الموضوعية لحق الملكية ، فلا
وجه للقول بأنه بعضه تعسف وبعضه مجاوزة .

راجع ص ٤٦ - المرجع السابق :
- ومن الفقهاء السوريين - الدكتور عدنان القوتلي : الوجيز في الحقوق المدنية -
ج ١ ص ٣٤٤ .

« ولذا يصح التساؤل ، هل أراد المشروع الاخير اخراج هاتين الحالتين - حالة الضرر الفاحش وحالة تعارض استعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية - من نطاق نظرية التعسف ، والانتقاص من مدى هذه النظرية كما عرفت في الشريعة الاسلامية والقضاء المصري ، وكما أراد واضعو المشروع تطبيقها في بادىء الأمر ؟ »

« من العسير الأخذ بهذا الرأي ، ونعتقد أنه قصد بإغفال هاتين الحالتين عدم الاسترسال في ذكر تطبيقات النظرية ، والاكتفاء بالمبدأ العام الوارد في المادة الرابعة من وجوب استعمال الحقوق استعمالاً جائزاً ، وطبيعي أنه لا يمكن الادعاء ان الحق استعمل استعمالاً جائزاً اذا كان هذا الاستعمال متعارضاً مع مصلحة عامة جوهرية ، أو ترتب عليه ضرر فاحش يتمثل في تعطيل استعمال حقوق الغير على الوجه المألوف ^(١) » .

والواقع ، أن من ذهب الى استبعاد معيار « الضرر الفاحش » من نطاق نظرية التعسف ، إنما دفعه الى ذلك تنقادي التناقض بين طبيعة هذا المعيار وما ذهب اليه من تكييف النظرية ذاتها .

فقد أقام هذا الفريق نظرية التعسف على فكرة « الخطأ ^(٢) » مبنى المسؤولية التقصيرية ، أو على صورة ثالثة توسعية « للخطأ » كما ذهب الى ذلك آخرون ^(٣) ، والخطأ في المفهوم القانوني الحديث ، هو انحراف في السلوك المألوف للشخص العادي ^(٤) ولما كان الضرر غير المألوف ، أو الفاحش ، قد ينشأ نتيجة للاستعمال العادي

(١) مجلة القانون والاقتصاد - العدد الاول - السنة السابعة عشرة
ص ٩٣ و ٩٤ - الدكتور انور سلطان .

(٢) الوسيط ط ج ١ نبذة (٥٢٢) و ٥٥٧ و ٥٥٩ - للدكتور السهوري .

(٣) المسؤولية المدنية - ص ١٢٠ - الدكتور سليمان مرقس .

(٤) اصول القانون ص ١٠٩٣ - للدكتور حسن كبره .

لحق الملكية ، وبباعت مشروع يهدف الى المصلحة التي من أجلها قرر الحق^(١) ، وفي حدود الاحتياطات التي من شأنها الحيلولة دون وقوع الضرر ، اقول : لما كان الضرر الفاحش قد نشأ عن استعمال حق الملكية بالرغم عن ذلك كله ، لم ير بعضهم في هذه الحالة صورة من التعسف الذي أصوله على فكرة « الخطأ » . ومن الغريب أن بعضهم يذكر ان قواعد المسؤولية التقصيرية لا تنطبق على « الغلو » الذي تنص عليه المادة (٨٠٧) ، اذ قد لا يتحقق فيه « الخطأ »^(٢) ، بالمعنى القانوني في بعض الحالات . فكيف يدعى ان هذا المعيار مبناه الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية اذن ؟! هذا من جهة .

ومن جهة أخرى يوضح هذا الفريق أن الضرر يختلف حكمه هنا عما تقضي به قواعد المسؤولية التقصيرية « لان هذه القواعد توجب التعويض عن الضرر ، أيّاً كان مقداره ، بينما في الحالة التي نحن بصددّها ، يجب أن يكون الضرر على درجة معينة من الجسامه ؛ اذ يتعين أن يجاوز مقداره الحد المألوف بين الجيران »^(٣) ، ثم ينتهي الى ان غلو المالك في الاستعمال هو عنصر « الخطأ » في هذه المسؤولية !! ويقول « ينظر اليه من خلال الضرر ، وذلك على خلاف القواعد العامة التي تجعل من الخطأ والضرر في المسؤولية عنصرين مميزين ، بحيث ينظر الى كل منهما على استقلال » .

وواضح من هذا مدى مجافاة تبرير مسؤولية المالك عن الضرر الفاحش ، على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية التي مبناها الخطأ ، ومع ذلك يصر هذا الفريق على اعتبار « الغلو خطأ » أو قل يصرّ على اقحام الغلو في فكرة « الخطأ » . هذا ، وقد عمد بعض الفقهاء - امعاناً في تأسيس نظرية التعسف على « الخطأ »

(١) محاضرات في القانون المدني - ص ٩٢ - الدكتور عبد المنعم فرج الصدة .

(٢) المرجع السابق ص ٩٢ .

(٣) المرجع السابق .

المولد للمسئولية التقصيرية - الى اشتراط ان يكون الضرر الفاحش نتيجة « للخطأ » لا لمجرد استعمال حق الملكية ، بينما لم نر هذا الشرط في كتب الفقه الاسلامي التي هي مصدر هذا المعيار ، ولا ندري من أي مصدر اشتق هذا الشرط ؟ (١) .

فالمسئولية في الفقه الاسلامي تترتب على مجرد واقعة الضرر البين ، أي لمجرد التسبب فيه ، وهذه هي المسئولية المطلقة غير المشروطة بالخطأ كما ذكرنا .

والخلاصة : ان التعسف لو كيف على النحو الذي جاءت به الشريعة الاسلامية - وهي المعين الاصيل الاول لهذه النظرية - من أن حقيقته ؛ مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الاصل ، مما يربط التعسف « بالحق » من حيث نتيجته أو غرضه ، لا غنانا ذلك عن الخوض في هذه التفسيرات الفقهية المتناقضة ، والتي تحاول رد هذا المعيار - بتعسف ظاهر - الى فكرة « الخطأ » تارة ، او الى المجاوزة أخرى ، بالرغم من « التعسف » في هذا التأويل .

هذا ، وقد رأينا القضاء في الغرب قد أجمع اليوم على اغفال البحث عن « الخطأ » بصدده هذا المعيار ، لعدم امكان رده اليه (٢) ، وهو ماقررتة الشريعة الاسلامية منذ قرون .

(١) الحقوق العينية الاصلية - نبذة (٨٢) - للدكتور عبد المنعم البدر اوي .
(٢) التعسف في استعمال الحق - ص ١١٢ - حسين عامر - راجع التكييف الفقهي لنظرية التعسف ص ٢٨١ - من الكتاب .

المبحث الثالث

المعايير الثلاثة التي تضمنها القانون المدني السوري الجديد

هل وردت على سبيل الحصر أو المثال :

يقول الشارع في مذكرة المشروع التمهيدي : « إن هذه الضوابط الثلاثة استمدت من الفقه الاسلامي بوجه خاص » ^(١) .

ولكن ، هل هذه الضوابط واردة على سبيل الحصر أو المثال ؟ .
وقع الخلاف في هذا ؛ ولكن مذكرة المشروع التمهيدي المشار اليها آنفاً ، نصت على أنها - أي الضوابط - تهيء عناصر نافعة للاسترشاد ، وهذا يفيد أن المشرع إنما قصد بوضعها أن تكون نافعة للاعتداء بها والقياس عليها ^(٢) ، ويخالف بعضهم في هذا النظر ؛ اذ يرى أن الانحراف هنا لا يعتد به الا اذا اتخذ صورة من الصور التي عددها القانون الجديد ، أي أن هذه المعايير واردة على سبيل الحصر ، وهو رأي جمهور الفقه المصري ^(٣) .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني - ج ١ ص ٢٠٧ - راجع معايير التعسف في الفقه الاسلامي ص ٤٦٨ وما بعدها من الكتاب .

(٢) ويؤيد هذا الرأي - الدكتور حسن كبره - اصول القانون ص ١١٣٣ - الاستاذ حسين عامر - التعسف في استعمال الحق ص ٦١٤ .

(٣) الوسيط ج ١ نبذة (٥٥٩) للسنبوري - النظرية العامة للحق سنة

١٩٥٨ - ص ١٦١ الدكتور اسماعيل غانم - مصادر الالتزام - سنة ١٩٥٨ نبذة

٤٤١ - الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - نظرية الالتزام - ج ١ مصادر الالتزام -

فقرة (٥٥٤) .

ونرجح انها واردة على سبيل المثال ، بدليل أن الفقه الاسلامي ، اعتبر الضرر الفاحش معياراً للتعسف ، ولم يرد له ذكر بين هذه المعايير ، وكل معيار تفصيلي يمكن أن يدخل في الضابط العام ، وهو المناقضة لمقصد الشارع في تصرف مآذون فيه شرعاً بحسب الاصل - يعتبر مقياساً للتعسف .

ونبحث الآن في هذه المعايير ؛ لنرى مدى مطابقتها لاصول النظرية التي استقرت في الفقه الاسلامي .

المعيار الاول - استعمال الحق لمجرد قصد الاضرار

هذا المعيار الذاتي قد نص عليه ابن رجب الحنبلي اذ يقول :

« ان لا يكون في ذلك - أي في استعمال الحق - من غرض سوى الاضرار بالغير .^(١) »

وهذا المعيار ذاتي لا ينطبق الا على حالة استعمال الحق اذا تمحصر القصد فيه الاضرار بالغير ، دون أن يصحبه قصد آخر ، من ابتغاء مصلحة - ولو ضئيلة - لصاحب الحق .

وينطبق كذلك على حالة ما اذا تحققت له مصلحة عرضية غير مقصودة ، مادام قصده الوحيد هو الاضرار بالغير ، ونص المادة صريح في هذا ، اذ يقول : « لم يقصد به سوى الاضرار بالغير » .

ومن العسير عملاً اثبات تمحصر قصد الاضرار ، وهو معيار ذاتي محض ؛ لذا يمكن أن يستعين القاضي بالقرائن القضائية من المسلك الخارجي للشخص ، ومن أهم هذه القرائن ، انعدام كل مصلحة ، او تحقق منفعة ضئيلة غير مقصودة ؛ اذ يدل ذلك على أنه لم يستعمل حقه الا بقصد الاضرار بالغير .

(١) جامع العلوم والحكم - ص ٢٦٥ وما بعدها .

وهذه القوائن قد نص عليها الفقهاء في كثير من تطبيقاتهم^(١) .
فالمعيار وما تفرع عنه - كما رأينا - قد استقى من الفقه الاسلامي .

المعيار الثاني : انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق

والضرر المزمع بالغير

هذا المعيار ينبثق عن أصل مقرر في أصول الفقه الاسلامي هو النظر في
مآلات الافعال ونتائجها^(٢) .

ويقرر هذا الاصل ان الفعل اذا كان له مآلان متعارضان ، وكانت المفسدة
فيه مساوية للمصلحة او راجحة عليها ، لم يبق الفعل مشروعاً ، فما بالك اذا كانت
المصلحة ضئيلة لا تتناسب مطلقاً مع ما يلزم عنها من مفسدة ؟ فاختلال التوازن
اذن هو العلة في التعسف^(٣) .

وهذا المعيار الذي قرره الاصوليون والفقهاء^(٤) ، وأصحاب القواعد^(٥) ،

(١) راجع هذه المسألة تحت عنوان - انتفاء المصلحة قرينة على قصد الاضرار -
ص ٧٢ وما بعدها ، وما اوردها له من تطبيقات من مختلف المذاهب - راجع ادلة النظرية
من فقه الصحابة - ص ٣٨٩ وما بعدها .

هذا ، وقد اقتصر القانون الالماني في نظرية التعسف على معيار واحد هو « قصد
الاضرار » على ما قدمنا ، واخذ بهذا المعيار الفقه والقضاء الغربيين .

(٢) راجع الاصول الفقهية التي تثبت النظرية - أصل النظر في المآلات -
ص ٤٠٣ وما بعدها ، وانظر في هذا الموضوع ايضاً - الموافقات ج ٤ ص ١٩٨
وما بعدها ، و ج ٣ ص ٣٥٧ وما بعدها للشاطبي - مسلم الثبوت - ج ٢ ص ٢٦٤ الطبعة
الاولى ببولاق .

(٣) نهاية السؤل ج ١ ص ١٠٣ وما بعدها .

(٤) ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢١٨ وما بعدها .

(٥) الاشياء والنظائر لابن نجيم - تعليق الحموي - ص ١٢٠ - وما بعدها ومجلة
الاحكام العدلية / المادة (٣٠) .

وقنته مجلة الاحكام العدلية ، موضوعي مادي ، لا يحفل بالنية والقصد ؛ بل يعتبر مجرد التسبب - ولو كان في الاصل مشروعاً - موجباً للمسؤولية ، اذا وقع الضرر ، او موجباً للمنع من التصرف الفعلي ابتداءً ، اذا كان الضرر متوقعاً في الغالب من الظن .

واختلال التوازن هذا ، يتمثل في الضرر الفاحش بصورة واضحة ، وفي الضرر العام^(١) بصورة أوضح ، كما يتمثل هذا المعيار فيما اذا ضوّلت المصلحة بحيث لا تناسب المفسدة اطلاقاً من باب أولى .

ضآنة المصلحة قرينة على قصد الاضرار :

على أن انعدام التناسب بين المصلحة والمفسدة لضآلة الاولى ، قد يتخذ قرينة على قصد الاضرار ، وأياً ما كان ، فقصد الاضرار ، او انعدام التناسب ، كل منها علة في التعسف .
وقد اورد الفقهاء على هذا المعيار تطبيقات كثيرة مبثوثة في كتب الفقه الاسلامي وشئى أبوابه .

المعيار الثالث : عدم مشروعية المصالح التي قصد تحقيقها

من استعمال الحق

يذكر فقهاء القانون أن اكثر تطبيقات هذا المعيار في القضاء المصري - في ظل التقنين الملغى - كان في « استعمال الحكومة حقها في تسريح بعض الموظفين ؛

(١) انظر بحثنا هاما للشاطبي في الموافقات بعنوان : الامر والنهي يتواردان على الفعل ، واحدهما راجع الى جهة الاصل ، والآخر راجع الى جهة التعاون - ج ٣ ص ٣٥٧ وما بعدها .

ارضاء لغرض شخصي ، أو شهوة حزبية ؛ لا لتحقيق مصلحة عامة^(١) .

ونحن قد فصلنا القول^(٢) في هذا المعيار ، وبيننا وجه التعسف الذي يتمثل فيه ، من أنه معاندة لقصد الشارع ، أو مضادة للأصل الذي بنيت عليه الشريعة ، من اعتبار المصالح في الأحكام^(٣) .

هذا وقد استقر أصلاً في الفقه الاسلامي - على ما هو الراجح عند المحققين من الاصوليين والفقهاء - ان النيات والمقاصد معتبرة في العادات والتصرفات ، كما هي معتبرة في العبادات^(٤) ، أو بعبارة أخرى ان القصود معتبرة^(٥) في العقود والتصرفات ، وأن الباعث يؤثر فيها صحة وبطلاناً^(٦) .

وهذا المعيار موضوعي مرن يجعل للقضاء سلطة واسعة في رقابة استعمال الحقوق^(٧) ، وهو أفضل من معيار الدافع ، أو الغرض غير المشروع^(٨) .

والواقع ، ان المصلحة غير المشروعة ، اذا كانت معياراً موضوعياً ، فهي في الوقت نفسه تعبير واقعي^٩ عن الباعث غير المشروع ؛ اذ تحقيق المصلحة غير

(١) اصول القانون - ص ١١٢٤ - الدكتور حسن كيرة .

(٢) انظر ص ٤٧٨ وما بعدها من الكتاب .

(٣) موافقات ج ٤ ص ٢٠١ - وانظر قاعدة الخيل ، والاسس التي يقوم عليها تقييد الحق في الفقه الاسلامي - الاساس الاول - المصالح معتبرة في الاحكام ص ٢١٩ - وما بعدها المرجع السابق - اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٤٢/١٤٣ و ص ١٥٦ .

(٤) الموافقات ج ٢ ص ٣٢٣ و ص ٣٣٣

(٥) اعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٢ و ص ٨٤ .

(٦) الباعث في الفقه الاسلامي - ص ٤٣٣ وما بعدها من هذا الكتاب - مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٥٣ للدكتور السنهوري .

(٧) اصول القانون ص ١١٢٥ للدكتور السنهوري .

(٨) المرجع السابق .

المشروعة لا بد ان يكون وراءه دافع غير مشروع ، فالمعيار ان مترابطان
اشد الترابط .

وقد اشارت، المذكورة الايضاحية للمشروع التمهيدي الى هذا المعنى ؛ اذ
تقول : « إن معيار المصلحة غير المشروعة اذا كان ماديا في ظاهره ، الا ان
النية كثيراً ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة (١) » .
أما تطبيق هذا المعيار على تعسف الحكومة في استعمال سلطتها ، فقد
فضلنا القول فيه في موضعه من هذا الكتاب ، لان درء التعسف هنا يتصل بمبدأ
العدل المطلق في الفقه الاسلامي (٢) .

وهكذا ترتد معايير النظرية في القانون المدني الجديد في الجمهورية العربية
المتحدة ، والقانون المدني السوري ، والعراقي والليبي - وقد اخذت بالمعايير ذاتها
مع اختلاف يسير في الألفاظ لا يؤثر على وحدة المعنى - الى ما استقر في الفقه الاسلامي
من اصول هذه النظرية .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية - ج ١ ص ٢٠٩ ص ٢١٠ .
(٢) راجع مبدأ العدل المطلق في الفقه الاسلامي وصلته بنظرية التعسف - ١ -
في السلطة والحكم - ص ٨٨ وما بعدها من الكتاب - السياسة الشرعية اساسها العدل
والمصلحة ، ص ٨٨ المرجع السابق - السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٩ وما بعدها -
القاعدة الخامسة في الاشياء والنظائر ، لابن نجيم تعليق الحموي - « تصرف الامام على الرعية
منوط بالمصلحة » وفروعها ج ١ ص ١٥٧ - الاشياء والنظائر للسيوطي ص ١٢٨ -
السياسة الشرعية ، للشيخ عبد الرحمن تاج الدين ص ١٤٩ - الاباحة عند الاصوليين -
للاستاذ محمد سلام مذكور ص ٣٠٣ .

القواعد - للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٦١ .

المبحث الرابع

تأصيل نظرية التعسف

في

الفقه القانوني

ذهب فريق من فقهاء القانون في البلاد العربية الى ان مبنى نظرية التعسف هو « الخطأ » المولد للمسئولية التقصيرية ، وبذلك لم يجعلوا لهذه النظرية كياناً مستقلاً^(١) .

وخالف في هذا التأصيل فريق آخر^(٢) فجعلها ذات كيان مستقل ، وبين أن حقيقة التعسف انخواف بالحق عن غايته^(٣) .

وقد بينت في بحث « تأصيل التعسف وتكييفه في الفقه الاسلامي^(٤) » انه يرتبط أساساً بنتائج استعمال الحق او غرضه ، ولا يرتبط بأصل السلطات المخولة لصاحب الحق ، وبنتيجة البحث اتضح لي ، أن التعسف لا يقوم على فكرة

(١) اصول القانون - الدكتور حسن كبره - ص ١١٠٠ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق .

(٣) من الاولين - الدكتور عبد الرزاق السنهوري - الوسيط ج ١ الفقرة (٥٥٢) و (٥٥٧) و (٥٥٩) . - الدكتور سليمان مرقس - المسئولية المدنية - القسم العام ص ١٢٦ وما بعدها . - الدكتور عبد المنعم فرج الصدة محاضرات في القانون المدني ص ٨٦ وما بعدها - الدكتور احمد حشمت ابوستيت - نظرية الالتزام فقرة (٤٣٥) و (٤٣٨) .

(٤) ص ٢٨١ وما بعدها من الكتاب .

« التعدي » بطريق التسبب عند الفقهاء المسلمين : القدامى والمتأخرين ؛ لان من الحالات التعسفية ما لا ينظر فيها الى عنصر الادارة او الاهمال ، وانما ينظر الى المآل الممنوع كما ذكرنا ، او الى اختلال التوازن بين المصالح ، وهذا من الضوابط المادية الموضوعية التي لا تتعلق بالقصد غير المشروع ، أو الاهمال في أخذ الحيلة ، او عدم التبصر ؛ بل يمنع المستعمل لحقه بالنظر الى هذا المآل الممنوع ، ويكفي لقيام هذه المسؤولية مجرد التسبب فيه ، وهي التي عرفت في القانون المدني والدولي بالمسؤولية المطلقة ^(١) غير المقترنة « بالخطأ » .

ثم انتهت الى أن حقيقة التعسف إن هي الا : « مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الاصل » وان « المناقضة » هي العلة في المنع من الفعل التعسفي ، او في ترتيب المسؤولية عليه .

المبحث الخامس

مجال نظرية التعسف

في

القانون المدني الجديد

يذهب القانون المدني الجديد ^(٢) الى التضييق من نطاق نظرية التعسف ، يجعل

(١) انظر تأصيل التعسف عند الاصوليين والفقهاء ص ٢٨١ وما بعدها من الكتاب - وتأصيل التعسف وتكييفه كما أراه ص ٣٠٥ وما بعدها - المرجع السابق .

(٢) في الجمهورية العربية المتحدة - والعراق - وسورية ، وليبيا انظر المادة ٦/مدني سوري - والمادة ٦/٧ مدني عراقي والمادة ٥/مدني ليبي .

محل التعسف الحقوق بالمعنى الدقيق ، ولا يبسط ظلها على الحقوق العامة او الحريات^(١) .

على ان هذا الرأي ليس متفقاً عليه بين فقهاء القانون^(٢) .

وقد بحث مجال تطبيق هذه النظرية في الفقه الاسلامي بحثاً مستفيضاً مدعماً بالأدلة من الكتاب والسنة وفقه الصحابة (رض) واجتهادات ائمة المذاهب ، وانتهت الى ان ليس في طبيعة كل من الحق والرخصة ما يتنافى وتطبيق حقيقة التعسف عليه ؛ بل ان منطق التشريع الاسلامي يؤيد ذلك التطبيق ، من قبل أن كلاً من الحق والرخصة سلطة بمنوحة للفرد من قبل الشارع لتحقيق مصلحة مرسومة ، وأن التعسف اذا كان هو الانحراف بهذه السلطة عن غايتها ، الامر الذي يحقق المناقضة ، امكن بذلك تصور التعسف في كل منها دون التواء أو عسر^(٣) .

« نم الكتاب بعون الله ونوفيه . »

القاهرة { ١ من شوال سنة ١٣٨٤
٢ من شباط سنة ١٩٦٥ }

(١) جاء في مذكرة المشروع التمهيدي مايلى « ... فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها ، أما الرخص فلا حاجة الى فكرة التعسف في ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء ذلك لان احكام المسئولية تتكفل بذلك على خير وجه » . مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ج ١ ص ٢٠١ .

(٢) فالقائلون بقصر محل التعسف على الحقوق وحدها - الدكتور حسن كبره اصول القانون ص ١٣٦ . وما بعدها . الدكتور السنهوري - الوسيط ج ١ وخالف في ذلك الدكتور اسماعيل غانم النظرية العامة للحق ص ١٦٦ .

(٣) انظر مجال نظرية التعسف في الفقه الاسلامي ص ٥٠٨ وما بعدها من الكتاب .

ثَبَتُ

المصادر والمراجع

التفسير والحديث

- جامع البيان في تفسير القرآن - للامام ابن جرير الطبري - طبعة اولى -
المطبعة الاميرية .
- الكشف عن حقائق التنزيل ، وعيون الأقاويل في وجوه التأويل - للامام
محمود بن عمر الزمخشري - ط - ثانية - المطبعة الأميرية - ١٣١٨ هـ .
- الجامع لاحكام القرآن - ابو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي - طبعة
اولى - دار الكتب المصرية بالقاهرة .
- أنوار التنزيل واسرار التأويل - ناصر الدين أبو سعيد عبد الله البيضاوي
- المطبعة العثمانية بالقسطنطينية - ١٣٠٥ هـ (على هامش القرآن الكريم) .
- احكام القرآن - ابو بكر احمد بن علي الرازي (الجصاص) - مطبعة الاوقاف
الاسلامية بالقسطنطينية - ١٣٢٥ هـ .
- احكام القرآن - لابن العربي - طبعة اولى - مطبعة دار السعادة - القاهرة
١٣٣٠ هـ .
- نيل الاوطار - شرح منتقى الأخبار - للامام محمد بن علي الشوكاني - ط
اولى المطبعة المصرية - ١٣٥٧ هـ .

- سبل السلام شرح بلوغ المرام - للإمام محمد بن اسماعيل الصنعاني -
اربعة اجزاء - ط . ثانية سنة ١٩٥٠ م .
- سنن ابي داود - اربعة اجزاء - ط . ثانية مطبعة السعادة ١٩٥٠ - ١٩٥١ .
- السنن الكبرى للبيهقي - طبع حيدر اباد بالدكن بالهند - ١٣٥٣ هـ .
- شرح صحيح مسلم ، للإمام محي الدين النووي - المطبعة المصرية - القاهرة
١٣٤٩ هـ - ثمانية عشر جزءاً .
- النهاية في غريب الحديث والاثر - لابن الاثير - المطبعة العثمانية - القاهرة -
١٣١١ هـ .

المصادر

في أصول الفقه

- الإحكام في أصول الأحكام ، لسيف الدين ابي الحسن الآمدي اربعة اجزاء
ط . دار المعارف بالقاهرة سنة ١٣٣٢ هـ ، سنة ٩١٤ م
- الرسالة ، للإمام الشافعي - ط . المطبعة الاميرية بالقاهرة .
- المستصفى من علم الأصول ، لحجة الاسلام الامام الغزالي ، - جزءان -
المطبعة الاميرية - القاهرة سنة ١٣٢٢ هـ .
- مسلم الثبوت ، لمحب الدين ابن عبد الشكور ، مع شرحه ، فواتح الرحموت
لابن نظام الدين في ذيل المستصفى للغزالي . طبعة اولى الاميرية سنة ١٣٢٤ هـ .
- شرح المنار - ابن مملك - المطبعة العثمانية - القاهرة - سنة ١٣٠٨ هـ .
- اصول فخر الاسلام البزدوي - وشرحه كشف الاسرار ، لعلاء الدين
البخاري . اربعة اجزاء - ط الاستانة سنة ١٣٠٢ هـ .

- نهاية السؤل ، في شرح منهاج الاصول ، للقاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر
البيضاوي - تأليف الامام جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الاسنوي ومعه
حواشيه المسماة - سلم الوصول لشرح نهاية السؤل - للشيخ محمد بن جيت المطيعي -
المطبعة السلفية سنة ١٣٤٥ هـ .
- الإحكام في اصول الأحكام - لأبي محمد علي بن حزم الاندلسي الظاهري ،
السعادة - القاهرة سنة ١٣٤٨ هـ .
- ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول - لمحمد بن علي بن محمد
الشوكاني ، طبعة اولى - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م .
- تنقيح الفصول - للامام الشوكاني .
- مرآة الاصول في شرح مرقاة الوصول - لمنلا خسرو - وعلى المرأة - حاشية
الازميري ط . الاستانة سنة ٣١٢ هـ .
- الموافقات في أصول الشريعة - لابي اسحق ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي
الشاطبي - وعليه تعليقات الشيخ عبد الله دراز ، اربعة اجزاء - المطبعة
الرحمانية .
- الاعتصام - الامام الشاطبي (صاحب الموافقات) المطبعة التجارية - لصاحبها
مصطفى محمد بالقاهرة - جزءان - ١٣٣٢ هـ .
- التوضيح - لعبيد الله بن مسعود البخاري الملقب بصدر الشريعة - وعليه
حاشية التلويح للتفتازاني - جزءان - ط - مطبعة دار الكتب العربية
الكبرى - القاهرة سنة ١٣٣٧ هـ .

اصول الجعفرية

- 'منية الطالب في حاشية المكاسب ، آية الله الخوانساري - طبع ايران
سنة ١٣٧٦ .

القواعد الفقرية

- الأشباه والنظائر - زين العابدين ابن نجيم - وعليه التعليق المسمى بغمز عيون البصائر للحموي - جزءان - ط . دار الطباعة العامرة - الاستانة - ١٢٩٠ هـ .
- الاشباه والنظائر - للامام للسيوطي - مطبعة مصطفى محمد سنة ١٩٣٦ م .
- القواعد في الفقه الاسلامي - لابي الفرج عبد الرحمن ابن رجب - مطبعة الصدق الخيرية - القاهرة - سنة ١٩٣٣ م .
- مجامع الحقائق - ابو سعيد الحادمي - ط . الاستانة ١٣٠٨ هـ .
- منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق - للكوز الحصري - ط . الاستانة سنة ١٣٠٨ هـ .
- الفروق - للامام شهاب الدين ابي العباس القرافي - اربعة اجزاء - مطبعة دار احياء الكتب العربية ١٣٤٧ هـ .
- قواعد الاحكام في مصالح الانام - عز الدين بن عبد السلام - جزءان - ط - المطبعة الحسينية - القاهرة - سنة ١٣٥٢ هـ .

الفقه الحنفي

- الحراج - لأبي يوسف - ط - اولى بولاق سنة ١٣٠٢ هـ .
- كتاب الآثار - للامام محمد بن الحسن الشيباني - طبع الهند .
- المبسوط شرح الكافي - شمس الدين السرخسي - ثلاثون جزءاً - مطبعة دار السعادة - بالقاهرة . سنة ١٣٣١ هـ .
- البحر الرائق - شرح كنز الدقائق - زين العابدين ابن نجيم - ثمانية اجزاء - المطبعة الاولى - المطبعة العلمية - سنة ١٣١١ هـ .

- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - عثمان بن علي الزيلعي ستة اجزاء - مطبعة بولاق - ١٣١٣ - ١٣١٥ هـ .
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للامام الكاساني - القاهرة - سبعة اجزاء ١٣٢٧ - ١٣٢٨ هـ .
- الهداية شرح بداية المبتدى - برهان الدين علي بن ابي بكر المرغيناني - اربعة اجزاء - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة سنة ١٣٥٥ .
- جامع الفصولين - محمود بن اسراييل الشهير بابن قاضي سماونه - ط . اولى - المطبعة الاميرية ببولاق - سنة ١٣٠٠ هـ .
- فتح القدير - الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن المهام ، ط . اولى - المطبعة الاميرية - سنة ١٣١٥ هـ .
- نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار - للمولى شمس الدين احمد المعروف بقاضي زادة - مطبوع مع فتح القدير (وهو تكملة لفتح القدير من باب الوكالة في الجزء السادس) .
- شرح العناية على الهداية - للامام اكمل الدين محمد بن محمود البابرقي - (مطبوع على هامش فتح القدير) .
- الدر المختار على متن تنوير الابصار - مطبوع بهامش رد المختار - لابن عابدين - رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار - محمد امين ، الشهير بابن عابدين - خمسة اجزاء - المطبعة المصرية - سنة ١٢٨٦ هـ .
- مجموعة رسائل ابن عابدين - جزاءن - ط . الاستانة سنة ١٣٢١ هـ .
- الحراج - ليحيى بن آدم القرشي - المطبعة السلفية - بالقاهرة - ١٣٤٧ هـ .
- معين الحكم فيما يتروى بين الخصمين من الاحكام - للشيخ الامام علاء الدين ابي الحسن علي بن خليل الطراباسي الحنفي - ط اولى - المطبعة الاميرية بولاق سنة ١٣٠٠ هـ .

- مجمع الضمانات - ابو محمد بن غانم البغدادي - المطبعة الخيرية - القاهرة
سنة ١٣٠٨ هـ .
- انفع الوسائل الى تحرير المسائل - نجم الدين ابراهيم الطرطوسي - مطبعة
الشرق - القاهرة ١٣٤٤ هـ .
- مختصر الطحاوي - الامام ابو جعفر احمد بن سلامة - جزء واحد - مطبعة
دار الكتاب العربي - القاهرة - ١٣٧٠ هـ .
- الفتاوى العالمة الكيرية - المعروفة بالفتاوى الهندية - ألفها جماعة من علماء الهند
برئاسة العلامة الشيخ نظام ، وذلك بأمر السلطان الى المظفر محيي الدين
محمد اورنگ زيب بهادر عالمكير - المطبعة الاميرية - بصر .
- الفتاوى الخانية - مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية في الثلاثة مجلدات
الاولى .
- الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية - لشيخ الاسلام ، محمد العباس المهدي ،
ط اولى - بالمطبعة الازهرية المصرية سنة ١٣٠١ هـ .

الفقه الشافعي

- الأم - للامام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي - (رواية الربيع بن
سليمان المرادي عنه) ط - اولى - المطبعة الاميرية بصر ١٣٢١ هـ .
- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج - شمس الدين محمد شهاب الدين بن احمد
الرملي - المطبعة المصرية ١٣٠٤ هـ .
- المجموع شرح المذهب - للزوي - وتكملته ، لتقي الدين السبكي ، اثنا
عشر جزءاً مصر ١٣٤٤ هـ .

الفقه المالكي

- المدونة الكبرى - للامام مالك بن انس الاصمعي - رواية الامام سحنون ابن سعيد التتوخي عن الامام عبد الرحمن بن القاسم عنه - ستة عشر جزءاً - ط أولى - المطبعة الخيرية بالقاهرة سنة ١٣٢٤ هـ .
- المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الاحكام الشرعية - الامام ابو الوليد محمد بن رشد - مطبوعة على المدونة الكبرى .
- حاشية على الشرح الكبير ، لسيدى احمد الدردير - المطبعة الازهرية - القاهرة ١٣٤٥ هـ .
- القوانين الفقهية - ابن جزىء - مطبعة النهضة - تونس سنة ١٣٤٤ هـ .
- تبصرة الحكماء في اصول الافضية ومناهج الاحكام - جزءان - المطبعة البهية - القاهرة سنة ١٣٠٢ هـ .
- العقد المنظم لاحكام - مطبوع بهامش تبصرة الحكماء - لابن فرحون .
- المنتقى ، شرح موطأ الامام مالك - لأبي الوليد الباجي الاندلسي ، ط . اولى . مطبعة السعادة .

الفقه الحنبلي

- كشف القناع على متن الاقناع - منصور بن ادريس الحنبلي - مطبعة انصار السنة المحمدية ١٣٦٦ هـ .
- جامع العلوم والحكم - زين الدين ابو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن احمد بن رجب الحنبلي البغدادي - ط ثانية - مطبعة مصطفى البابي الحلبي .
- ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م .

- مجموعة فتاوى ابن تيمية الحراني - مطبعة كردستان العلمية بصر ، سنة ١٣٢٨ هـ .
- اقامة الدليل على ابطال التحليل مطبوع في الجزء الثالث من الفتاوى لابن تيمية .
- السياسة الشرعية (لابن تيمية) .
- الاحكام السلطانية ، لأبي يعلى .

الفقه الظاهري

- المحلى - لابن حزم الاندلسي ، احد عشر جزءا - المطبعة المنيرية ١٣٤٧ - ١٣٥٢ هـ .

الفقه المقارن

- المغني - موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي ، على مختصر الحرقي - اثنا عشر جزءا - ط اولى - مطبعة المنار - القاهرة ١٣٤٨ هـ .
- اعلام الموقعين عن رب العالمين - (لابن قيم الجوزية) صاحب المطبعة المنيرية بالقاهرة .
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد - جزءان - مطبعة الاستقامة - القاهرة ١٣٧١ هـ .

المؤلفات الحديثة

في الفقه الاسلامي وأصوله

في علم أصول الفقه :

- علم اصول الفقه - عبد الوهاب خلاف - مطبعة النصر - القاهرة ١٩٥٥
- مصادر التشريع فيما لا نص فيه - عبد الوهاب خلاف - القاهرة ١٩٥٥
- سلم الوصول الى علم الاصول - عمر عبد الله - ط اولى ١٩٥٦
- تعليل الاحكام - مصطفى شلي - مطبعة الازهر ١٩٤٢
- أصول الفقه - محمد أبو زهرة ١٩٥٥ .
- أصول الفقه - للخضري - ط رابع - ١٩٦٢ .
- أصول الفقه الاسلامي - زكي الدين شعبان .
- مباحث الحكم عند الاصوليين - محمد سلام مدكور - مطبعة لجنة البيان العربي ١٩٥٩ م - ١٣٧٩ هـ .
- نظرية الاباحة عند الاصوليين والفقهاء - محمد سلام مدكور ١٩٦٣ .

في الفقه الاسلامي :

- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية - ط . اولى - مطبعة نوري - ١٩٣٩ .
- أبو حنيفة - ط . ثانية - دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٤٧ .

- مالك - ط . أولى - مطبعة الاعتماد - القاهرة - ١٩٤٦ .
- الشافعي - ط . ثانية - مطبعة نجيم - ١٩٤٨ .
- ابن حنبل - ط . ثانية - ١٩٥٠ .
- ابن تيمية - ط . أولى - دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٥٢ .
- ابن حزم - ط . أولى ١٩٤٢ .
- الاحوال الشخصية - « قسم الزواج » ط . ثانية مطبعة نجيم القاهرة ١٩٥٠ .

هذه المؤلفات السابقة كلها للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة .

- أحكام المعاملات الشرعية - علي الحفيف - ط . ثالثة - القاهرة ١٩٤٧ .
- الحق والذمة - علي الحفيف - الناشر مكتبة وهبة - القاهرة ١٩٤٥ .
- فرق الزواج - علي الحفيف - مطبعة الرسالة - القاهرة ١٩٥٨ .
- اسباب اختلاف الفقهاء - علي الحفيف - ١٩٥٦ .
- التصرف الانفرادي - علي الحفيف - ١٩٦٣
- مصادر الحق في الفقه الاسلامي - الجزء الاول - دار مصر للطباعة ١٩٥٤
- مصادر الحق - الجزء الرابع - دار الهنا للطباعة - القاهرة ١٩٥٧
- مصادر الحق - الجزء السادس - دار الهنا للطباعة - القاهرة ١٩٥٧ - هذه

المؤلفات الثلاثة السابقة للدكتور السهوري .

- الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته
- محمد يوسف موسى - ط . أولى - دار الكتاب العربي - القاهرة ١٩٥٣ م .
- تاريخ الفقه الاسلامي - محمد يوسف موسى - مطبعة دار الكتاب العربي

١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ م

- السياسة الشرعية - عبد الرحمن تاج ١٩٥٢ .
- أحكام الاحوال الشخصية - عمر عبد الله ١٩٦٠

— مدى حقوق الزوجين في الطلاق — عبد الرحمن الصابوني — مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٢ .

— التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي — وحيد الدين سوار — ط . اولى مطابع دار الكتاب العربي ١٣٧٩هـ - ١٩٦٠ م

— النظريات السياسية الاسلامية — ضياء الدين الرئيس .

— في مدى استعمال حقوق الزوجية — السعيد مصطفى السعيد — مطبعة دار الاعتماد — ١٩٣٥ م

— مسألة ملكية الارض في الاسلام — ابو الاعلى المودودي — المطبعة التعاونية بدمشق ١٩٥٥

— ذاتية الاسلام — محمد المبارك ١٩٦٠

— مذكرة في اصول الفقه — للسنة الرابعة في كلية الشريعة بجامعة الازهر — الشيخ طه الديناري .

— الاسلام عقيدة وشريعة — محمود شلتوت — مطبعة دار القلم — القاهرة ١٩٦٠

— المسؤولية المدنية والجنائية — محمود شلتوت — مطبعة الازهر .

— نظرات في الاسلام — محمد عبد الله دراز .

— اسس الاقتصاد بين الاسلام والنظم المعاصرة — ابو الاعلى المودودي — السلسلة

الهامشية — دمشق — ١٣٨٠هـ - ١٩٦٠ م .

— احكام الوصية — بحوث مقارنة — علي الحقيف ١٩٦٢ .

— المدخل الفقهي العام — ج ١ — مطبعة جامعة دمشق — ١٩٥٢ مصطفى الزرقاء .

— المدخل الى نظرية الالتزام في الفقه الاسلامي — ج ٢ — مطبعة جامعة دمشق — ١٩٥٨ مصطفى الزرقاء .

— العرف والعادة في رأي الفقهاء — أحمد فهمي أبو سنة — مطبعة الازهر — القاهرة — ١٩٤٩ .

- مقارنة المذاهب الاربعة - محمود شلتوت ومحمد الساييس - مطبعة محمد علي صبيح ١٣٧٣هـ - ١٩٥٣ م .
- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية - صبحي الحمصاني - جزاءن - مطبعة الكشف - بيروت - ١٩٤٨ .
- فلسفة التشريع في الاسلام - صبحي الحمصاني - ط . ثانية - مطبعة الكشف - بيروت ١٩٥٢ .
- الفقه الاسلامي (مدخل لدراسته - نظام المعاملات فيه) محمد يوسف موسى ج٢ - ١٩٥٦ م .
- كتاب اسبوع الفقه الاسلامي - المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية - القاهرة - تفسير القرآن - محمود شلتوت - مطبعة دار القلم .
- شرح الادلة الاصلية على مجمل الاحكام العدلية - محمد سعيد مراد الغزي مطبعة حكومة دولة دمشق - ١٣٤٠هـ - ١٩٢٤ م
- مرشد الحيوان الى معرفة احوال الانسان - قدري باشا - المطبعة الاميرية بولاق - ١٣٠٨هـ .

المراجع

في القانون المدني

- اصول القانون - حسن كيده - مطبعة دار المعارف ١٩٦٠ .
- الوسيط - عبد الرزاق احمد السهوري - في شرح القانون المدني الجديد -
- نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - مطبعة جرينبرج ١٩٤٦ م .
- اصول الالتزامات - الجزء الاول - في مصادر الالتزام - سليمان مرقس -
- دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة ١٩٥٦ .
- المدخل الى العلوم القانونية (سليمان مرقس) ١٩٦٠ .
- نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد - احمد حشمت ابو ستيت - الطبعة
- الثانية - مطبعة مصر - القاهرة ١٩٥٤ .
- اصول القوانين - السهوري وابو ستيت سنة ١٩٥٠ .
- محاضرات في المدخل للعلوم القانونية - نظرية الحق في القانون المدني - احمد
- سلامة ١٩٥٩ م .
- النظرية العامة للالتزام - الجزء الاول - عبد الحي حجازي - مطبعة نهضة
- مصر القاهرة ١٩٥٣ .
- محاضرات عن القانون المدني العراقي - الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين
- للاللتزام - صلاح الدين التاهي سنة ١٩٥٨ .
- النظرية العامة للالتزام - الجزء الاول - مصادر الالتزام - انور سلطان -
- مطبعة دار المعارف ١٩٦٢ م .

- شرح القانون المدني الجديد - الالتزامات - الجزء الثاني - في مصادر الالتزام - محمد كامل مرسي ١٩٥٥ .
- مصادر الالتزام - عبد المنعم فرج الصدة - ط - مطبعة البايي الحلبي - القاهرة ١٩٦٠ .
- المسؤولية المدنية ط . اولى - حسين عامر ، ١٩٥٦ .
- محاضرات في القانون المدني العراقي - حسن ذنون - مقومات الملكية والحقوق العينية والائتمان العقاري - ١٩٥٤ .
- محاضرات في القانون المدني السوري - مصطفى الزرقاء ١٩٥٤ .
- الرجيز في الحقوق المدنية ط (عدنان القوتلي) مطبعة جامعة دمشق طبعة ثانية ١٩٦٠ م .
- محاضرات في القانون المدني - حق الملكية - عبد المنعم فرج الصدة ١٩٦٠ .
- محاضرات عن القانون المدني العراقي - حق الملكية في ذاته - صلاح الدين الناهي - مطبعة الرسالة ١٩٦٠ - ١٩٦١ .
- التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود - حسين عامر - ط اولى - القاهرة ١٣٧٩ هـ ١٩٦٠ م .
- محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية (القسم الاول) الاحكام العامة - سليمان مرقس - دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٨ .
- محاضرات في النظرية العامة للحق - (شمس الدين الوكيل) مطبعة نهضة مصر بالقاهرة ١٩٥٣-١٩٥٤ .
- محاضرات في النظرية العامة للحق - شفيق شحاته - ١٩٤٩-١٩٤٩ .
- الحقوق العينية الاصلية - حق الملكية - حسن كبيرة .
- مذكرات في النظريات العامة للحق - عبد الحفي ججازي ١٩٥٠-١٩٥١ .
- شرح القانون المدني الجديد ، ج١ الحقوق العينية الاصلية - كامل مرسي - ١٣٧٠ هـ ١٩٥١ م .

- شرح القانون المدني - حق الملكية - محمد علي عرفه - مطبعة جامعة
فؤاد الاول ١٩٥٠ .

- المدخل للعلوم القانونية - عبد المنعم البدر اوي .
- نظرية القانون - عبد الفتاح الباقي - ١٩٤٨ .
- محاضرات في القانون المدني العراقي - حامد مصطفى ١٩٦٣ .
- الحقوق العينية الاصلية - عبد المنعم البدر اوي .
- المسؤولية المدنية - التقصيرية والعقدية - حسين عامر - مطبعة مصر -
طبعة اولى - القاهرة ١٣٧٦ ١٩٥٦ م .
- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني في الجمهورية العربية المتحدة .

العلوم السياسية والقانون الدولي والدستوري والجنائي

- اصول النظم السياسية والاجتماعية - احمد عبد القادر الجمال ١٩٥٤ .
- الحريات العامة من سلسلة الاقتصاد والسياسة . طعيمة الجرف .
- النظريات والنظم السياسية - طعيمة الجرف .
- النظريات والمذاهب السياسية - مصطفى الحشاش .
- المدخل الى علم السياسة - بطرس غالي - ومحمد خيرى عيسى .
- النظم الدستورية في البلاد العربية - سيد صبرى .
- المسؤولية الدولية - محمد حافظ غانم .
- اسباب الاباحة - محمد نجيب حسني .

المجلات

- مجلة الحقوق - جامعة القاهرة .
- مجلة القانون والاقتصاد - كلية الحقوق - جامعة القاهرة .
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق جامعة عين شمس .
- مجلة الازهر .
- مجلة رسالة الاسلام .
- مجلة حضارة الاسلام - تصدر في جامعة دمشق .

* * *

من آثار المؤلف

- ١ - المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي - طبع دار الرشيد - دمشق - ١٩٧٥ .
- ٢ - أصول التشريع الاسلامي . طبع جامعة دمشق - ١٩٧٦ .
مقرر على الصف الرابع من كلية الحقوق .
- ٣ - أصول المعاملات في الفقه الاسلامي - طبع كلية الحقوق - جامعة الجزائر . (مؤسسة الامالي) ١٩٧٢ .
- ٤ - نظام الاسلام - طبع جامعة دمشق ١٩٦٧ (مؤسسة الامالي)
- ٥ - أصول الفقه الاسلامي - طبع مؤسسة الامالي في جامعة دمشق ١٩٧٢ .
الصف الثاني . من كلية الشريعة .
- ٦ - أصول الفقه الاسلامي - طبع مؤسسة الامالي . جامعة دمشق ١٩٦٧
مقرر الصف الثالث من كلية الشريعة .
- ٨ - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده .
- طبع جامعة دمشق - ١٩٦٧ (رسالة دكتوراة نالت درجة الامتياز
بدرجة الشرف الاولى) .
- ٩ - نظرية التعسف في استعمال الحق
طبع جامعة دمشق ١٩٦٧
- ١٠ - بحوث في « الفقه المقارن » . طبع جامعة دمشق (مؤسسة الامالي) .
- مقرر على الصف الرابع - كلية الشريعة - ١٩٧٧ .

من البحوث المقارنة للمؤلف

- ١ - مبادئ نظام الحكم في الاسلام .
(بحث مقارنة بالفقه الوضعي) .
- ألقى محاضرات في كلية الآداب، بجامعة الجزائر، ١٩٧١ - ١٩٧٤
- ٢ - بحث في (التكافل الاجتماعي في الاسلام) .
- مقدم لاسبوع الفقه الاسلامي المنعقد في القاهرة ١٩٦٧ . طبع المجلس
الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بالقاهرة .
- ٣ - بحث (الحضارة الانسانية في الاسلام) .
- مقدم الى المؤتمر الاسلامي المنعقد في الخرطوم، السودان، ١٩٦٨ . طبع
جامعة ام درمان الاسلامية بمناسبة مرور أربعة عشر قرناً على نزول
القرآن الكريم .

المؤهلات العلمية

للمؤلف

- ١ - دكتوراة في الفقه الإسلامي وأصوله - درجة الامتياز بمرتبة الشرف الاولى - من كلية القانون والشرعية - جامعة الازهر - ١٩٦٥ .
- ٢ - دبلوم العلوم السياسية - دراسات عليا - قسم الدكتوراة - كلية الحقوق جامعة القاهرة - (سنتان دراسة متخصصة) ١٩٥٤ .
- ٣ - دبلوم في العلوم القانونية - (سنتان دراسة عليا متخصصة) في معهد البحوث والدراسات القانونية التابع لجامعة الدول العربية ١٩٦٣ .
- ٤ - العالمية مع الاجازة في تخصص القضاء الشرعي - كلية القانون والشرعية - جامعة الازهر - « سنتان دراسة عليا متخصصة في الاحوال الشخصية والاجراءات » ١٩٥١ .
- ٥ - العالمية مع الاجازة في التدريس - من كلية اللغة العربية ، جامعة الازهر (سنتان دراسة عليا متخصصة في التربية وعلم النفس) ١٩٥١ .
- ٦ - دبلوم في التربية وعلم النفس - سنتان دراسة عليا متخصصة ، من جامعة عين شمس ، بالقاهرة ١٩٥٢ .
- ٧ - ليسانس في الآداب ، قسم اللغة العربية ، بتفوق ، من كلية الآداب جامعة القاهرة ، ١٩٥٠ .
- ٨ - ليسانس في الشريعة ، كلية القانون والشرعية ، جامعة الازهر ١٩٤٧ .

مراجع
في القانون المدني
(باللغة العربية)

- Josserand** — L'abus des Droits . Paris — 1927 .
— De L'esprit des droits et de leur relativité
(théorie dite de l'abus des droits)
Paris 1927 .
- Planiol** — Traité élémentaire de droit civil .
— Traité paratique de droit civil francais le
obligations . Paris — 1938 — 31 .
- Mahmoud Fathy** — La Doctrine Musulamane de L'Abus des
Droits . Lyon 1913 .

٣

مقدمة الطبعة الثانية

استواء نظرية التعسف في استعمال الحق على اصولها

٧

في التشريع الاسلامي منذ القديم

مفهوم العدل في الاسلام ليس فكرة فلسفية خيالية

٢٢

بمجردة خارجة عن أحكام التشريع ومقاصده

معايير نظرية التعسف شاملة للحقوق والحريات

٢٥

العصمة والحرية والمالكية

٣٣

الباب الأول

٣٣

نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي

٣٤

تمهيد في فلسفة التعسف كما يراه الاصوليون .

نقطة البدء في نظرية التعسف تنطلق من الصفة

٣٧

المزدوجة للحق .

٣٩

المقصود بالمصلحة التي شرع الحق من اجلها

٤١

درء التعسف يقتضي ترجيح مصلحة على أخرى .

الفصل الأول : التكليف الفقهي للتعسف وتأصيله وتمييزه عن

٤٥

مجاوزة الحق طبيعة وجزاء

المبحث الأول : تمييز التعسف في استعمال الحق عن مجاوزة الحق

٤٥

طبيعة وجزاء

٤٩

وحدة الوصف الشرعي

٥٠

التفرقة من حيث الجزاء

تصوير التعسف عند الأصوليين كما يستنتج من

الصفحة	الموضوع
٥١	أدلة تحريمه
	المبحث الثاني — التكيف الفقهي للتعسف في استعمال الحق
٥٥	وتأصيله عند الأصوليين والفقهاء
٦٠	التعدي بالتسبب عند الفقهاء الاقدمين .
٦٣	تطور فكرة التعدي في الفقه الاسلامي .
٦٥	قصور ضابط التعدي عن استيعاب حالات التعسف .
	المبحث الثالث : التكيف الفقهي للتعسف وتأصيله عند بعض الفقهاء
٧١	المعاصرين
٧٤	نظرية العذر
٧٤	مبنى النظرية في معيارها المادي المنبثق عن مبدأ سد الذرائع
٧٥	القضاء يؤيد عدم ابتناء التعسف على الخطأ او « التعدي »
٧٧	نظرية التعسف مرتبطة اساساً بطبيعة الحق وغايته
	المبحث الرابع — التكيف الذي أراه للتعسف على ضوء من طبيعة
٧٩	الفقه الاسلامي
٧٩	ارتباط التعسف بفكرة الحق وطبيعته
٨٠	الشريعة اساسها المصلحة
٨١	طبيعة الفقه الاسلامي تنعكس على الحق وتحدد طبيعته
٨٧	تعريف التعسف
٨٧	تحليل التعريف
٩٢	الفصل الثاني — أدلة النظرية من الكتاب والسنة وفقه الصحابة
٩٢	المبحث الاول — أدلة النظرية من الكتاب

الصفحة	الموضوع
٩٢	الدليل الاول
٩٣	نهي الاب عن التعسف في استعمال حق ولايته على ابنه
٩٤	الرضاع حق للأم وواجب عليها
٩٥	نهي الام عن التعسف في استعمال حق الرضاع
٩٧	الدليل الثاني
١٠٢	الدليل الثالث
١٠٤	آراء الفقهاء
١٠٦	الدليل الرابع
	مقارنة حق الابعاء في الفقه الاسلامي والفرنسي
١١٢	من حيث خضوعه لنظرية التعسف
١١٤	آراء الفقهاء المعاصرين في وصية الضرار
١١٧	المبحث الثاني : أدلة النظرية من السنة
١١٧	الدليل الاول - حديث : « لا ضرر ولا ضرار »
١١٩	المعنى المراد من اللفظين (لا ضرر ولا ضرار)
١١٩	آراء الاغويين وشرح الحديث
	تفصيل القول فيما يشمله حكم هذا الحديث من وجوه
١٢٦	الضرر الناشئة عن استعمال الحق بوجه عام
	مدى استدلال أئمة المذاهب الفقهية بحديث « لا ضرر ولا ضرار » في استعمال حق الملكية
٢٧	رأي الامام الشافعي
١٢٧	رأي الامام ابي حنيفة في مدى حق الملكية
١٢٨	حق الملكية مقيد ديانة عند الامام ابي حنيفة
	رأي الامام مالك وأحمد في مدى استعمال حق

الصفحة	الموضوع
١٣٠	الملكية بالاستناد الى حديث (لا ضرر ولا ضرار)
١٣٥	رأي الامام مالك في الارتفاق بملك الغير
	رأي الظاهرية في تقييد حق الملكية في ضوء حديث
١٣٩	(لا ضرر ولا ضرار)
	رأي الجعفرية في تقييد حق المالك في ضوء حديث
١٤٠	(لا ضرر ولا ضرار)
١٤٢	الدليل الثاني
١٤٩	الدليل الثالث
١٥٢	حق الملكية الفردية وسيلة أمن وعمل
١٥٥	الدليل الرابع
١٦٠	الخلاصة
١٦١	الدليل الخامس
١٦٣	المبحث الثالث : أدلة النظرية من فقه الصحابة
١٦٤	الدليل الاول
	الدليل الثاني : اجتهاد عمر (رضي الله عنه) في مسألة
١٦٦	التزوج بالكتابات الاجنبيات
١٦٩	هذا التبديل في الحكم ليس نسخاً
١٧٠	الطلاق التعسفي « توريث المبتوتة في مرض الموت » .
١٧٠	الدليل الثالث
١٧٥	ما يستتج من هذه الادلة
	المبحث الرابع : أدلة النظرية من الاصول التشريعية
١٧٧	والقواعد الفقهية

الصفحة	الموضوع
١٧٧	اصل النظر في المآلات
١٧٨	آراء العلماء في هذا الاصل
١٧٩	صلة هذا الاصل بنظرية التعسف
١٨١	المطلب الاول
١٨١	القاعدة الاولى : قاعدة الذرائع
١٨١	تعريف الذريعة
١٨٢	الذريعة تشمل القول والفعل
	اقسام الذرائع بالنسبة الى مآلاتها عند الاصوليين
١٨٢	والفقهاء ومحل الخلاف
١٨٢	اقسام الذرائع عند الامام القرافي
١٨٣	اقسام الذريعة عند ابن قيم الجوزية
١٨٤	تحرير محل الخلاف
١٨٦	الادلة على حجية مبدأ سد الذرائع
١٨٨	الذريعة تأخذ حكم ما افضت اليه دفعاً لمناقضة الشارع
١٨٨	ما يستخلص من هذه الامثلة
	اقسام الذريعة باعتبار مآلها عند الامام الشاطبي
١٩٠	وتحرير محل النزاع فيها وصلة ذلك بنظرية التعسف
١٩٢	بيان ما يتعلق بأوجه استعمال الحق من الاحكام
١٩٣	حكم الوجه الاول
١٩٣	حكم الوجه الثاني
١٩٤	حكم الوجه الثالث
١٩٦	حكم الوجه الرابع

الصفحة	الموضوع
١٩٧	حكم الوجه الخامس
١٩٧	حكم الوجه الخامس
١٩٨	رأي الامام مالك
١٩٩	ما يستتبع من هذه الاحكام
١٩٩	فيما يتعلق بمعايير او ضوابط التعسف
	ما يستتبع من اوجه استعمال الحق مما يتعلق بتكييف
٢٠١	التعسف
٢٠٢	ما يتعلق بوظيفة نظرية التعسف
٢٠٢	المطلب الثاني
٢٠٢	القاعدة الثانية : قاعدة الحيل
٢٠٥	الأمور بمقاصدها
٢٠٥	معنى هذه القاعدة
٢٠٧	المطلب الثالث
٢٠٧	الباعث في الفقه الاسلامي
٢٠٧	تحديد معنى الباعث
٢٠٩	مكانة الباعث في الفقه الاسلامي
٢١١	أثر هاتين النزعتين في المناهج الفقهية
٢١٢	تفصيل القول بالباعث من وجهة نظر المذهب الفقهية
٢١٢	أولاً - مذهب الحنفية
٢١٤	ثانياً - مذهب الامام الشافعي
٢١٦	ثالثاً - مذهب الامام احمد
٢١٧	صلة فكرة الباعث بنظرية التعسف في المعاولات
٢١٧	مرونة الباعث وضابطه

	اشتراط علم الطرف الآخر بالبائع غير المشروع في
٢١٨	المعاوضات
٢٢٠	المذهب المالكي - رابعاً -
٢٢٣	فكرة البائع وضابطه في التبرعات
٢٢٥	فكرة البائع وضابطه في القانون
٢٢٧	المطلب الرابع
٢٢٧	القاعدة الثالثة : الضرر يزال
٢٣١	المطلب الخامس
٢٣١	القاعدة الرابعة : الضرر يدفع بقدر الامكان
٢٣٢	المطلب السادس
٢٣٢	القاعدة الخامسة : الضرر الأشد يزال بالأخف
٢٣٣	في ميدان الحقوق الخاصة .
٢٣٥	المطلب السابع
٢٣٥	القاعدة السادسة : يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام
٢٣٨	المطلب الثامن
٢٣٨	القاعدة السابعة : درء المفسد مقدم على جلب المصالح
	ما يستنتج من أحكام القواعد التشريعية والفقهية التي
٢٣٩	تثبت النظرية
٢٤٢	الفصل الثالث : معايير نظرية التعسف في الفقه الاسلامي
٢٤٣	تمحض قصد الاضرار
٢٤٣	الفروع الفقهية في مختلف المذاهب تطبيقاً لهذا الفرع
٢٤٤	الجزء القضائي
٢٤٥	في المذهب الحنفي
٢٤٦	في المذهب المالكي

٢٤٦	انتفاء المصلحة المشروعة قريبة على قصد الاضرار
٢٤٩	في الفقه الشافعي
٢٥٠	مذهب الامام أحمد
٢٥٠	فقه الجعفرية
٢٥٢	استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها
٢٥٢	الفروع التطبيقية على هذا المعيار
٢٥٢	الولاية على النفس والمال .
٢٥٤	السلطة الزوجية
٢٥٥	الغاية أو الحكمة التي شرع من أجلها التأديب
٢٥٧	الولاية التأديبية على الصغار
٢٥٨	أثر هذا المعيار في نطاق المعاملات
٢٥٩	نكاح التحليل
٢٦٠	منشأ الخلاف في نكاح التحليل عند الأئمة
٢٦٧	في قسمة المثلث
٢٦٩	المعيار الثاني الموضوعي
٢٦٩	الضرر الفاحش
٢٧١	١ - المذهب المالكي
٢٧٤	٢ - في المذهب الحنبلي
٢٧٦	٣ - في المذهب الحنفي
٢٧٨	تحديد الضرر الفاحش
٢٧٩	الضرر الفاحش المعنوي
٢٨٠	الضرر الفاحش في ميدان العلاقات التعاقدية
٢٨١	الأصل العام الذي ينتظم معايير التعسف

٢٨٢ الفصل الرابع - مجال نظرية التعسف في الفقه الاسلامي

- هل تدخل الاباحات أو الحريات العامة في نطاق

٢٨٣ نظرية التعسف في الفقه الإسلامي

الفقه القانوني لم يجمع على استثناء الحريات العامة من

٢٨٦ مجال نظرية التعسف

٢٨٨ الفصل الخامس - جزاء التعسف

٢٨٨ ١ - الجزاء العيني

٢٨٨ أ - في التصرفات القولية

٢٨٩ ب - في التصرف الفعلي

٢٩٠ ٢ - الجزاء التعويضي « الضمان »

٢٩٠ ٣ - الجزاء التعزيري

٢٩١ ٤ - الجزاء الأخرى

٢٩٣ الباب الثاني

نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه والتشريع

٢٩٣ الوضعيين .

٢٩٥ الفصل الأول - لمحة عن تاريخ التعسف في التشريعات الوضعية القديمة

٢٩٥ المبحث الأول - في القانون الروماني

٢٩٩ المبحث الثاني - في القانون الفرنسي القديم

القانون الفرنسي القديم لم يعرف التعسف في استعمال

٣٠٠ الحق كنظرية عامة

٣٠١ المبحث الثالث - في القانون الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤

- ٣٠٣ اجتهادات المحاكم الفرنسية منذ أوائل القرن التاسع عشر
٣٠٤ تطبيقات المحاكم الفرنسية .

المبحث الرابع -

- ٣٠٥ أولاً : القانون المدني المصري القديم (الملغى) .
٣٠٦ ثانياً : في القضاء المصري في ظل التقنين المدني (الملغى) .

الفصل الثاني :

المبحث الاول - نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه القانوني

- ٣٠٨ الحديث .

المبحث الثاني - فقهاء القانون المناهضون لنظرية التعسف

- ٣١٧ فقهاء القانون المؤيدون لنظرية التعسف وآراؤهم في
٣١٧ تحديد معياره .

- ٣١٨ أ - المعيار الشخصي (الذاتي) .

- ٣٢٠ انتفاء المنفعة ولو لم يثبت قصد الاضرار

- هل يعتبر الإهمال وعدم التحرز معياراً تابعاً

- ٣٢١ للمعيار الذاتي ؟

- ٣٢٢ ب - المعيار المادي او الموضوعي .

- ٣٢٤ تقدير نظرية « جوسران » .

- ٣٢٦ معيار انعدام المصلحة المشروعة .

- نظرة عامة في المعايير التي قال بها مؤيدو النظرية

- ٣٢٧ من فقهاء القانون

الفصل الثالث - نظرية التعسف في التشريعات الحديث

- ٣٢٨ المبحث الاول - في القوانين الاجنبية .

- ٣٢٩ ١ - القانون المدني الالاماني .
- ٣٢٩ ٢ - القانون المدني السويسري (١٩٠٧)
- ٣٣٠ ٣ - انقانون المدني السوفيتي
- ٣٣٠ ٤ - القانون المدني البولوني
- ٣٣٠ ٥ - مشروع القانون المدني الفرنسي - الايطالي
للالزامات .
- ٣٣١ المبحث الثاني - نظرية التعسف في تقنيات البلاد العربية .
- ٣٣١ ١ -- القانون المدني اللبناني .
- ٣٣٢ ٢ -- القانون المدني للجمهورية العربية المتحدة .
- ٣٣٣ . النصوص القانونية لنظرية التعسف
- ٣٣٥ التحقيق في كون الضرر الفاحش معياراً للتعسف
- ٣٤٣ المبحث الثالث - المعايير الثلاثة التي تضمنها القانون المدني السوري
الجديد هل وردت على سبيل الحصر او المثال .
- ٣٤٤ المعيار الاول : استعمال الحق لمجرد قصد الاضرار .
- ٣٤٥ المعيار الثاني : انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر
اللاحق بالغير .
- ٣٤٦ ضالة المصلحة قرينة على قصد الاضرار .
- ٣٤٦ المعيار الثالث : عدم مشروعية المصلحة التي يقصد تحقيقها من
استعمال الحق .
- ٣٤٩ المبحث الرابع - تأصيل نظرية التعسف في الفقه القانوني .
- ٣٥٠ المبحث الخامس - مجال نظرية التعسف في القانون المدني الجديد .
- ٣٥٢ ثبت للمصادر والمراجع .
- ٣٥٢ في التفسير والحديث
- ٣٥٣ المصادر في اصول الفقه

الصفحة	الموضوع
٣٥٤	اصول الجعفرية .
٣٥٥	مصادر القواعد الفقهية .
٣٥٥	الفقه الحنفي .
٣٥٧	الفقه الشافعي .
٣٥٨	الفقه المالكي .
٣٥٨	الفقه الحنبلي .
٣٥٩	الفقه الظاهري
٣٥٩	الفقه المقارن
٣٦٠	المؤلفات الحديثة في الفقه الاسلامي واصوله .
٣٦٤	في القانون المدني .
٣٦٦	في العلوم السياسية والقانون الدولي والدستوري والجنائي .
٣٦٧	المجلات
٣٧١	في القانون المدني (باللغة الاجنبية) .

★ ★ ★

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com